ARNOLDI

VINNII JC.

SELECTARUM JURIS

QUÆSTIONUM

LIBRI DUO

NUNC PRIMUM EJUSDEM AUCTORIS

COMMENTARIO

IN INSTITUTIONES JUSTINIANÆAS

CONJUNCTIM EDITI,

Quibus multa COMMENTARII loca illustrantur, ac intricatissimæ JURIS materiæ nondum ventilatæ, omnibus Legum Romanarum Candidatis utilissimæ, dilucide enodantur.

EDITIO NOVISSIMA

Juxta exemplar Lugdunense emendata & adornata.

BIBLIOTECA NAZIONALE NAPOLI

VENETIIS,

EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.

MDCCXCIV.

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

DOCTISS. CONSULTISSIMOQUE ET MORUM INTEGRITATE AC PIETATE ORNATISSIMO

D. JOANNI SICXTI

F. I. L. J. U. DOCTORI

ARNOLDUS VINNIUS

S. P. D.

PRODEUNT *tandem in lucem, mi* SICXTI, *selecta nostra quaestiones aliquamdiu apud Typographos latuere causantes chartae penuriam. Opus est subsicivi temporis & feriarum, a multis, ut tute scis, avide expetitum: quamquam ego, quam ob causam tantopere expetitum sit, conjicere non possum. Expectaverunt fortassis illi magnum aliquod volumen: at ecce hic pro amphora, quam imaginati sunt, urceum. Neque vero unquam mihi propositum fuit justum controversiarum volumen conscribere, quod & a multis factitatum, & nequaquam difficile est: sed paucas duntaxat ex variis materiis decerptas per dies vacuos meo more judicioque tractare; paulo scilicet aliter, quam illi facere solent, qui tantum pro & contra, ut loquuntur, disputant, quorumque in scriptis primum & postremum est* obstat & respondeo. *Caeterum etsi me non fugit, quid de ejusmodi opera judicent viri docti, nempe nihil admodum inde commodi ad studiosam juventutem posse redundare: ego tamen aliorum laboribus nihil detractum cupio, & facile patior suum quemque judicium sequi, quemadmodum ipse hic secutus sum meum. Nolui quaestiones ipsi simulac primum propositae sunt, exequi, seu id quod in quaestione est, protinus excutere: sed prius quam eo deveniam, praecursionem quamdam adhibere, sive προδιαιρεσιν, cujus ope lector non modo statum controversiae melius & perfectius intelligere, verum etiam ipsius materiae, atque eorum, quae circa quemque articulum certi & explorati juris sunt, cognitionem aliquam adipisci queat: ratus inde potissimum quaestionis cujusque decisionem petendam esse, unde, hoc est, ex quorum ignoratione omnis fere ab initio nata est ambiguitas: Nolui denique toties, & tantum non perpetuo repetere τὸ* obstat & respondeo: *sed jugi, & quoad fieri potuit, sermone non interrupto conatus sum simul & lectorem oblectare, & rem omnem ac difficultatem expedire. Perit orationis suavitas crebra repetitione τοῦ τὸν δ' ἀπαμειβόμενον, atque id lectoribus, praesertim litteratis, etiam fastidium parit. Hunc ego librum ad te* SICXTI *carissime, mitto: rogoque ut eum tanquam testem & pignus amoris erga te mei accipias, atque apud te esse sinas. Adjunximus huic comites Orationes duas filii nostri Simonis Vinnii B. M. quarum alteram ille habuit, cum publice doctor Juris renuntiaretur; alteram pridie ejus dici, quo interpretationem Regularum Juris ex auctoritate publica in hac nostra Academia auspicatus est. Ac-*

 cedunt

Digitized by Google

cedunt præterea & Ἐνύμια quædam, necnon in præmaturam & in nobis acerbiſſimam ejus mortem Θρηνώδια, quæ tibi quaſi præcipuo titulo deberi exiſtimavi. Tu enim tam libere, tam conjunctè amanter cum eo vixiſti, ut non niſi morte dirimi tanta animorum & ſtudiorum conjunctio potuerit. Ita eſt, multis, ille quidem & bonis omnibus flebilis occidit: tuum vero animum, ſat ſcio, tam cari capitis repentina atque inopinata mors haud ſecus afflixit, ac ſi fratrem germanum amiſiſſes. In quo expertus es, quantam vim habeat mutui amoris vinculum, quod ſincera nexuit amicitia. Sed faceſſant jam iſta. Quod ad me attinet, cogito nihil mihi accidiſſe novi, nihil quod non aliis quoque contigit, & contingit quotidie: ſic Deo viſum vita mortiſque domino. Hæc ſunt mei mœroris ſolatia. Denique non ignarus mali jam a multis retro annis moderatius ferre didici eos caſus, qui humana prudentia vitari non poſſunt. Alias etiam finem dolendi qui conſilio non fecerunt, tempore inveniunt. Tibi, quod ſupereſt, gratulor, quod tandem convalueris ex gravi illo morbo, cum quo trimeſtri ſpatio amplius conflictatus es. Nunc priſtinæ valetudini Dei benignitate reſtitutus, da operam ut eam ſartam tectam conſerves. Utere adhuc, ſaltem ad tempus aliquod, certa victus ratione ex præſcripto & Conſilio Medicorum, & rectè atque ordine feceris. Fortaſſis & noſtra hæc & illa Filii mei ſuam hic conferrent ſymbolam. Bene vale dulciſſime SICXTI, *& me tui amantiſſimum redama.* Lugduni Batavorum IX. Kalend. Septembris MDCLIII.

SYL-

SYLLABUS CAPITUM
LIBRI PRIMI.

CAPUT PRIMUM.

AN sine exceptione quidquid contra legem fit, sit ipso jure nullum? Pag. 1

CAPUT II.

Legee interpretari sine solius Principis, an vere & quo casu etiam privatorum? 2

CAPUT III.

Utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere Prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda? 4

CAPUT IV.

An prorogatio jurisdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris nostri defendi queat? 5

CAPUT V.

In jus vocatio an sit pars judicii proprie dicti? 7

CAPUT VI.

An pallium unius ex correis debendi aut credendi, alteri profit aut noceat? 8

CAPUT VII.

Si unius debiti plura sint chirographa apud creditorem, an unius redditione censeatur obligatio remissa? 10

CAPUT VIII.

An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis, & quid hic statuendum de pactione gratuita? 11

CAPUT IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera, ex ratione juris nostri defendi possit? 12

CAPUT X.

An recte Interpretes statuant, restitutionem in integrum esse remedium extraordinarium? & duplex hic intervenire judicium, rescindens & rescissorium. 13

CAPUT XI.

Quale sit beneficium restitutionis in integrum, reale an personale, & an fidejussoribus quoque prosit? 15

CAPUT XII.

An dolus dans causam contractui bonæ fidei, eum reddat ipso jure nullum? 16

CAPUT XIII.

An minori viginticinque annis Doctoris juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio? 19

CAPUT XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra aditionem hæreditatis restitutus sit, convalescat substitutio? 20

CAPUT XV.

An auth. Sacramenta puberum Cod. si ad vend. pertineat eam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure? 21

CAPUT XVI.

Utrum unum tantum, an duo sint genera arbitrorum similitudinem judicum habentium? 22

CAPUT XVII.

An litis contestatio aliter, quam negative ex parte rei fieri possit? ibid.

CAPUT XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sitæ sit forum competens, an vere & locus domicilii rei? 23

CAPUT XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hæreditatis? 25

CAPUT XX.

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio? 26

CAPUT XXI.

An liberi juste exhæredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant? 27

CAPUT XXII.

Legitima sive bonorum quota, an hæreditatis? & an recipiat ullum gravamen? 29

CAPUT XXIII.

Petitio hæreditatis an detur contra possidentem titulo singulari? 30

CAPUT XXIV.

An ei, qui non possidet, aliis aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas? 31

CAPUT XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, tam naturales quam industriales percipiendo suos faciat? 33

CAPUT XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, domino rem suam vindicanti restituere teneatur? 35

CAPUT XXVII.

An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem

Digitized by Google

tionem poseſtate juris transfertur, etiam ante traditorem Publiciana experiri liceat? 37

CAPUT XXVIII.

Uſusfructus ſine dividuus, an individuus? 38

CAPUT XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere cautionis fructuariæ partem, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda? 39

CAPUT XXX.

An in argumento de ſervitutibus prædiorum, ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda? 40

CAPUT XXXI.

An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo? 41

CAPUT XXXII.

An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint? 43

CAPUT XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicini inde illatum; & an inquilinus ex locato locatori? 44

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, 30. annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10. vel 20. ann. hic procedat bonæ fidei poſſeſſori? 45

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hæreditas? 47

CAPUT XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis? 48

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum geſtorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ? 50

CAPUT XXXVIII.

An in judicio familiæ erciſcundæ condemnatio & abſolutio faciendæ in perſonis omnium? 51

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit, aut decreverit? 52

CAPUT XL.

An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, creditii nomine retineas, mutua fiat? 54

CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens? 56

CAPUT XLII.

An juſjurendum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore qui nihil probavit? 58

CAPUT XLIII.

An juſjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri, aut recuſari poſſit? 60

CAPUT XLIV.

Quando & quibus in cauſis a judice deferri poſſit aut debeat juſjurandum neceſſarium, ſeu ſuppletorium? 61

CAPUT XLV.

An judex poſſit ad initio modum ſtatuere juriſjurando in litem; & an ex cauſa poſſit id non ſequi vel a principio non deferre? 63

CAPUT XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam data? 64

CAPUT XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur? 65

CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet Senatuſconſulto Vellejano? 68

CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat? 69

CAPUT L.

An res compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus ſit? 72

CAPUT LI.

An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit? 72

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam & quam culpam præſtet procurator ſeu mandatarius? 73

CAPUT LIII.

An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt opera & pecuniæ collatio? 74

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fias, & cujus periculo ſit? 75

CAPUT LV.

An in emptorem hæreditatis tranſeat jus accreſcendi? 76

CAPUT LVI.

An beneficium leg. 2. Cod. de reſc. vend. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?* 78

CAPUT LVII.

An locus ſit beneficio leg. 2. Cod. de reſc. vend. *in tranſactione?* 79

Digitized by Google

LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

Si conductor casus fortuitos in se susceperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat? 81

CAPUT II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusin inconsulto domino? 82

CAPUT III.

An dominus fundi emphyteutici post elapsum tempus canonem recipiens, videatur remutasse caducitatis? 84

CAPUT IV.

An is qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat? 85

CAPUT V.

An hypotheca constituta in rebus per beneficium leg. 2. Cod. de resc. vend. avocatis, extinguatur? 86

CAPUT VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris praescribatur longissimo tempore, seu 30. aut 40. annis? 88

CAPUT VII.

An vivigeon sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis facta? 90

CAPUT VIII.

An & quando evictionis sit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato? 91

CAPUT IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura? 92

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejussori? 93

CAPUT XI.

An solæ quæstiones falli sint objectum probationis? 95

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla sit per veram naturam probatio? 96

CAPUT XIII.

An & quo jure licitum sit leviri aut gloriis filiam neptem vel uxorem ducere? 97

CAPUT XIV.

An quævis filiæ a quibusve parentibus dotanda? & ex professo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti? 99

CAPUT XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit? 101

CAPUT XVI.

An cum testator prohibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur? 103

CAPUT XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima inefficax? 105

CAPUT XVIII.

An verbis nuncupata parentum dispositio inter liberos ex privilegio valeat? 107

CAPUT XIX.

An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas? 108

CAPUT XX.

An Liberis suis hæredibus præteritis a patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie. Novell. 115. cap. 3. 109

CAPUT XXI.

Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Novell. 115. nullum sit, an jura adhuc subsistat, & ad aliud rescindendum querela sit opus? 111

CAPUT XXII.

An jus accrescendi in hæreditatibus cum aliquo esse Um a testatore prohiberi queat? 112

CAPUT XXIII.

Quando conditio substitutionis vulgaris filio suo hæredi a patre factæ extitisse intelligatur ut substituto fiat locus? & an jus fruitatis per hujusmodi substitutionem tollatur? 114

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod exploratæ juris est, sub expressa substitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris? 116

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium relle conferatur? 118

CAPUT XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet? 119

CAPUT XXVII.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ aut falsa demonstratio vitiet legatum? 121

CAPUT XXVIII.

An hæres ab omissam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam? 122

CAPUT XXIX.

Filius hæreditatem restituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic usu receptum? 124

CAPUT XXX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant? 126

CA-

CAPUT XXXI.
An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum, diſcretio bonorum obſervanda? Et obiter, an obſervanda in ſucceſſione aſcendentium? 128

CAPUT XXXII.
An juſta ſit cauſa revocandæ donationis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit? 130

CAPUT XXXIII.
An per querelam inofficioſæ donationis revocetur tota donatio? 132

CAPUT XXXIV.
An pro mortis cauſa donatio haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem? 133

CAPUT XXXV.
An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii translationem? 134

CAPUT XXXVI.
Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur, & quænam ſint iſtæ ſpecies? 136

CAPUT XXXVII.
An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur? 139

CAPUT XXXVIII.
Num in taxatione ejus, quod intereſt, id omne quod actor conſequi potuit, neque conſecutus, eſt ſine exceptione æſtimetur? 140

CAPUT XXXIX.
An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium poſſit cumuletur cum petitorio ſive rei vindicatione? 141

CAPUT XL.
Exceptio diviſionis quando proponenda? 143

CAPUT XLI.
An fidejuſſor ad certum tempus acceptus, eo tempore elapſo obligatus maneat & quomodo? 145

CAPUT XLII.
An prorogatio terminii ſolutionis liberet fidejuſſorem? 147

AR-

ARNOLDI VINNII, J.C. SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

An sine exceptione, quicquid contra legem fit, sit ipso jure nullum?

QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipso jure nullum esse, jubent Impp. in *leg. non dubium 5. cap. de legib.* Igitur verbi causa, si filius famil. sine consensu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur, §. *si adversus*, 12. *Inst. de nupt.* Si in testamento faciendo ea, quæ ad juris solemnitatem pertinent, omissa fuerint, deficit jure testamentum, *l. 1. ff. de injust. rupt. testam. l. si unus* 12. *cap. de testam.* Si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, id est, neque hæredem instituerit, neque ut oportet, exhæredaverit, testamentum prorsus inutile est, & nullius momenti. *Inst. de exhær. lib. in princ. l. propen. ff. de lib. & posth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum sine decreto alienaverint, cassa est atque ipso jure nulla alienatio *tit. de præd. min. fin. dec. non alien.* Sed & si quid factum est, non quidem adversus expressam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & sententiam, etiamsi lex id verbis non expresserit, placet nihilominus actum ipso jure esse invalidum & nullum, *d. leg. non dubium princ. cap. de legib. l. hoc modo* 64. §. 1. *ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. si sponsus §. circa 5. ff. de donat. int. vir, & ux. l. si quis* 38. *ff. de contr. empt.* nempe si vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra, & inutiliter fiat, quod prohibitum est: adeo ut nec opus hic sit aliqua vel exceptione, vel rescissione aut restitutione. Nec ipse actus solum legi contrarius ipso jure inutilis est, sed etiam quicquid tali actui accesserit, sive pactum, sive pignus, sive stipulatio, sive jusjurandum, *d. leg. non dubium, in fin.* nam accessio sequitur conditionem causæ principalis. Cæterum quod de jurejurando ibi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum est, *cap. cum contingat ext. de jurejur. &c. quamvis de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantum ipsum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens servari volunt, sed etiam actum jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum dispositioni *d. l. non dubium.*

Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius est, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius aut servari non potest sine dispendio æternæ salutis, jure antiquo & civili locum relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus in *auth. Sacramenta puberum Cod. si adverf. vendit.* ac probabile omnino est Imper. Federicum in d. authent. secutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat; idem juramentis robur ex sua auctoritate addere voluisse, quod a Pontificibus acceperant, ut recte meo judicio sentiant, qui ampliandæ *l. 1. Cod. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio subjectam putant: sed hæc non sunt hujus disquisitionis.

Quæritur autem an semper & sine exceptione verum sit, quod diximus, pro infecto & nullo haberi, quod contra legem fit, sive contra quam lege cautum est? Et si quidem lex simpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, recte colligimus & statuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipso jure esse nulla: tunc enim hanc esse pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum est, infectum sit, id est, cassum & irritum prorsus, veluti si filius sine consensu patris matrimonium contraxerit, si vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, si pater filium, quem in potestate habet, præterierit, aut sub conditione, quæ non sit in ejus potestate, hæredem instituerit, si quis in fraudem creditorum manumiserit, si minor natu majorem adoptaverit, &c. Sed & si lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum est, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum est ipso jure, quod factum est; & præterea pœna adjecta annullationi præstanda est: exempla habemus in *leg. 4. l. 6. cum auth. seq. Cod. de incest. nupt. l. unic. Cod. si quacumque præd. pot. l. pen. Cod. de inter. matr. inst. pup. l. cum qui* 18. *ad leg. Jul. de adult. l. uls. ff. de rit. nupt.* cum simil. quibus locis incestæ & prohibitæ nuptiæ non solum cassæ & irritæ esse jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim vero cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam si contra factum erit, nominatim constituit, non actum annullando, sed ita ut quod factum est, valere aliquo modo & subsistere patiatur, cæterum remedium suppeditet, quo id postea rescindatur, aut alias infirmetur, pœnave aliqua

facienti irrogetur, quod factum est, ipso jure subsistet, ut lex vult, sed rescindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna quam lex constituit. Exemplo sint Senatusconsulta Macedonianum & Vellejanum: quorum illud vetat filiosamilias mutuam pecuniam dari; hoc comprehensum est, ne fœminæ pro ullo intercedant, & tamen si aut filiosamilias mutua pecunia data sit, aut fœmina pro alio intercesserit, actus iste non est ipso jure nullus, quoniam neutro Senatusconsulto planè annullatur, sed aut actio contra filiumfamilias mulieremve denegatur, si constet contra Senatusconsulta factum esse, aut si de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio, *tit. ff. & C. de SC. Maced. & ad SC. Vellejan. junct. l. nam posteaquam 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet: & tamen si neque hæredes instituti, neque exhæredati fuerint, non ideo testamentum patris jure Prætorio nullum est, quia Prætor id patitur subsistere, & tantum remedium suppeditat, quo id rescindatur, data scilicet præteritis bonorum possessione contra tabulas testamenti paterni §. *emancipatos Instr. de exhæred. lib. tit. 1. & tot. tit. ff. de bon. poss. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris est, nubit, contra legem facit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipso jure nullum est: immo nec rescinditur, sed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur, *l. 1. c. de secund. nupt.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis de exhæredatione liberorum facta aut sine justa causa, aut nulla ingratitudinis causa expressa, utrum ob id testamentum patris sit ipso jure nullum ex constitutione Justiniani *Novella* 115. *cap.* 3. an hoc non obstante testamentum nihilominus ipso jure subsistat, atque ad id rescindendum etiamnum querela inofficiosi sit opus? De quo agemus ex professo *lib.* 2. *quæst.* 21. Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi aut ipso jure nullum esse, nisi & in totum contra legem factum sit, alias non nisi quatenus in legem peccatum, verbi gratia, si quis majores, quam licet, usuras stipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit stipulatio, sed duntaxat quatenus legitimum modum excedit; *l. placuit 29. ff. de usur.* Non in totum irrita est donatio, quæ summam lege definitam excedens actis insinuata non est, sed tantummodo eatenus, quatenus superat definitionem legis; *l. fame. 24. C. de don.* Sic emissione cautionis fructuariæ facta a testatore non vitiatur legatum ipsum ususfructus, ut perperam existimavit Hunnius 2. *resolut. tract. 2. quæst.* 26. sed remissio pro non scripta habetur: quoniam non in legando usufructu, sed tantum in remittenda cautione contra legem fecit testator, *l. 6. ff. in poss. leg. 1. C. de usufr.*

CAPUT II.

Leges interpretari sine solius Principis, an vero & quo ejus etiam privatorum?

SIcut solius Principis est leges condere, ita & ejus solius est leges interpretari: quæ sententia multis locis expressa est *l. 1 l. 9. l. ult. C. de legib.* & ab ea initium sumit Novella Justiniani *de mult. rapt. pass.* 143. Quis enim, ut idem Imperator ait *dict. leg. ultim. cap. de legib.* legum ænigmata solvere & omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est; Nulline igitur leges interpretandi jus est, solo Principe excepto? Nulli sane tale, quale Princeps habet, ut scilicet interpretatione sua mentem legis latæ egrediatur, aut prætexte æquitatis a mente legislatoris recedat; quoniam id non est servare legem interpretando, sed mutare, quod nemini licet, nisi principi. Et hoc est, quod Constantinus rescribit *l. 1. cap. eod.* inter æquitatem ejusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere, & Valentinianus *l. 9. cap. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione mendari. Quibus convenit illud Harmenopuli *l. 1. tit. 2. §. 33.* Ὅταν σαφὴς ὁ νόμος μὴ ἐξεστι τοῖς δικασταῖς ἑτέρως διανοεῖσθαι, μόνος ὁ βασιλεὺς τὸν περὶ τούτου νόμον ἐξηγεῖται. id est: Cum aliud jus ipsum, aliud æquitas postulat, controversiam hanc solus Princeps dirimit. Ac proinde si ex verbis legis tam aperta sit legislatoris voluntas, ut de ea dubitari non possit, servanda lex est, quamvis dura & aspera videatur: nam credendum est, legislatorem certa ratione ductum, ita constituisse, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non possumus, *l. non omnium 20. ff. de legib. l. 9. ff. de religios.* Scilicet hæc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando sequamur, quamvis forte, id quod sequimur, altero, quod non sequimur, non sit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum est; Neque de legibus, quarum certa est sententia, disputari oportet: cum alioqui nullæ eæque certissimæ possent subvenire, *l. 2. & ideo 21. ff. de legib.* rueretque legum auctoritas, si in rationem earum omnis anxie inquiri licueret, ut disputat Plato *lib. 4. de legib.* Unde Augustinus *lib. de vera Relig. cap. 32.* in illis, inquit, temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutæ & firmatæ, non licebit Judici de ipsis judicare, sed secundum ipsas, *cap. 3. dist.* 4. Exemplum habemus in *leg. prospexit*, 12. *ff. qui & a quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis cavetur ne servi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extra ministerium ejus fuerunt, vel in agro vel in provincia manumittantur, & sic quæstioni subducantur. Hoc licet nobis, quos sæpe ratio legis facet, *l. non omnium*, 20. *ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat salva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius*, 18. *ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex disponit, debeat Judex ipsa lege esse clementior, *Novella* 82. *cap.* 10. Princeps hic consulendus erit, & nobis cum Ulpiano respondendum: hoc perquamdurum est, sed lex ita scripta est, neque enim ubi aperta sunt, atque inter se conveniunt verba legis & sententia voluntatis, quæstio admittenda est, sed legi parendum, & voluntas condentis nobis pro lege esse debet, *dd. ll.* Nepos post mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hæreditatem vocatur, ut suus hæres; neque jure prætorio ad bonorum possessionem tanquam cognatus, *l. 6. cum 2. seqq. ff. de suis & legit. l. 6. princ. ff. de injust. rupt. test. l. 1. §. 8. ff. unde cog. §. & licet 8. Inst. de hær. qua ab int.* Facendum quidem est durum esse, & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi a successione avi, a quo utique non minus descendit, & cujus sanguis non minus est, quam qui vivo eo nati aut concepti sunt: sed tamen judicis partes hic quiescere debent; quippe cui quidem licet,

a ver-

a verbis legis recedere, ſed ita, ut ab ejus voluntate ſemper ſtet, *diſt. leg. 29. de legib.* & ſecundum eam ſententiam ferat, *Inſt. de offic. jud. in princ.* Quinimmo nulla eſt ipſo jure & ipſa ſententia, quæ expreſſim contra juris rigorem lata eſt, *l. ſi expreſſim, 19. ff. de appellat.* An autem, ut quidam putant, a Juſtiniano hujus juris ſive ſubtilitas ſive aſperitas ſublata ſit, *Novella 118. cap. 1.* ad voluntatis quæſtionem pertinet, de quo poſtea. Si quis in rem alienam impenſas fecerit, earum ſervandatum cauſa unum tantum remedium jure noſtro civili proditum eſt, ſcilicet retentio rei oppoſita doli mali exceptione, ſi res a Domino vindicetur, *l. fin autem, 27. §. ult. l. ſumptus, 48. ff. de rei vind. l. ſi quis, 11. l. ſi in area, 16. eod.* Quod ſi omiſſa hac exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine actionem competere, *l. ſi in area 33. ff. de condit. indeb. l. Paulus, 14. ff. de except. doli mal. l. 14. §. 1. ff. comm. div.* Hoc autem licet duriuſculum in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non ideo tamen licebit Judici contra manifeſtam juris ſententiam aliud remedium excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, atque ita æquitatis ſpecie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hæ partes erunt, non judicis, quamquam nonnulli exiſtimant, non eſſe alienum a ratione juris noſtri, ut non poſſidenti pro conſequendis impenſis detur actio negotiorum geſtorum, ſed argumentis parum validis, quæ nunc non excurio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum cauſa & totius juris prætorii occaſio, quod ſcilicet ejuſmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio a judicibus fieri non poterat: Quam enim multa contra manifeſtam rationem jurie civilis a Prætore introducta ſuot, in quibus antea nihil ſibi ſumere quiſquam privatus vel Judex vel Juriſconſultus potuit? Sed & in quæſtione voluntatis interdum Principis deſideratur interpretatio, ſi videlicet verba legis adeo ſint obſcura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de quo agitur, legis mente comprehendatur, ſeu an lex ad hypotheſim pertineat, nec ne? Nam & hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, ſi opus eſt, voluntatem ſuam declaret, *l. 9. & l. ultim. Cod. de leg. l. idee 21. ff. l. 1. Dod. eodem l. 2. in fin. cum l. ſeq. in fin. l. ſeqq. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem; ex *Novella 118. cap. 1.* Juſtinianus deſcendentes ſeu liberos omnes ante omnes alios vocat ad ſucceſſionem parentum inteſtato mortuorum ſine ulla gradus prærogativa, id eſt, ſive primi ſint, ſive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos poſt mortem avi conceptus a ſucceſſione ejus tam honoraria, quam legitima excluditur, a Juſtiniano illic ſublatum eſſe. Sed iſta collectio valde infirma eſt: Nam & veteri jure in ſuis hæredibus non ſervabatur gradus prærogativa, §. *cum filius, 6. inſtit. de hær. quæ a int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edito jungebantur patri ſuo, *l. 1. §. ſi quis ff. unde lib. & tet. tis. de conjug. cum emanc. lib.* Ponendi enim ut olim ita & nunc termini habilce. Itaque cum in Novella iſta Juſtiniani, tollentis tantum diſcrimina ſexue & poteſtatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi poſſit, quod mutatum non eſt, adhuc vigere debet. At rurſus ex diverſo illud quoque farendum eſt propoſito Juſtiniani, omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ revocare volentis, admodum conſentaneum eſſe, quod etiam in hoc caſu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujuſmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, ſi forte talis caſus incideret, cum non a Judice, ſed a Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in poteſtate judicantis, contra *leg. ordin. 15. inſin. princ. ff. ad municip.* & ita Diod. Tulden. *in commentar. ad Codicem de ſuis & leg. hæred. cap. 4. argum. l. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Quod ſi verba legis non ſint uſque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo: neque uſque adeo obſcura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut conſequentibus elici poſſit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, ſive Juriſconſultorum aut Judicum, qui verba legis ad ſenten. tiam interpretando accommodent, *l. 12. & ſeq. ff. de legib.* atque huc reſpicit extrema clauſula *l. ult. Cod. eod. tit.* Duplex autem eſt ejuſmodi interpretatio, quarum altera extenſiva vulgo nuncupatur, altera reſtrictiva. Extenſivæ uſus eſt cum ſententia legis latior eſt legis verbis, id eſt, cum lex minus ſcripſit, plus voluit: reſtrictivæ, cum ſententia eſt anguſtior, id eſt, cum lex plus ſcripſit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex ſententia extendimus & ad ſimilia producimus: hac, cum verba ex mente legis reſtringimus. Exempla extenſivæ interpretationis peti poſſunt ex *l. illud, 32. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de juriſdict. leg. cratio, 16. ff. de ſponſ.* cum ſimilibus, plane in jure ſingulari extenſivæ interpretationi locus non eſt, cujuſmodi ſunt jura minorum, miſerabilium perſonarum, militum, ſtudioſorum, fiſci, Eccleſiarum, aliaque privilegia perſonæ, aut cauſis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in perſonis aut cauſis receptum aut conſtitutum eſt, id vetamur producere ad conſequentias, neque in eo poſſumus ſequi regulam juris, *l. quod vero, 14. & ſeq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de conſtitut. princ.* Reſtrictivæ interpretationis exempla ſuppeditant *l. quod dictum, 31. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad SC. Vell. l. 6. C. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud, 40. princ. ff. de hæred. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. quod ſic generaliter cautum eſt *Novella 115. cap. 3.* Judex interpretatione ſua reſtringere poteſt & debet ex *leg. ſicut, 9. & l. ſeq. Cod. de teſtam. milit.* quæ licet ſint anteriores ut videri poſſint per *d. Novella 115.* utpote poſteriorem, ſublatæ *argum. l. ult. ff. de conſt. princ.* tamen quia ſunt ſpeciales, Novella iſta potius ex his explicanda, limitanda & reſtringenda eſt juxta regulam juris, *l. in teto, 80. ff. de reg. jur. fac. l. non eſt novum, 29. cum ſeqq. ff. de legib.*

Debent autem tam judices quam juriſconſulti in interpretatione ſibi permiſſa ſequi non rigorem juris civilis, non jus ſummum, quod ſumma ſæpe injuria eſt, ſed quod benignius, quod æquius eſt & melius, exemplo Servii Sulpirii qui hoc encomio laudatur a Cicerone *Philipp. 9.* quod non magis juriſconſultus, quam juſtitiæ fuit; propterea quod ea, quæ proficiſcebantur a legibus & jure civili, ſemper ad æquitatem facillimamque referebat, & Caji illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxiſſe memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcina*; eoque pertinent *l. placuit Cod. de judic. l. benignius 18. ff. hoc tit. l. in omnibus 90. ff. de reg. jur.* Hinc, præclaræ illæ Celſi ſententiæ dicentis, ſcire leges non hoc eſſe verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, *l. ſcire 17. ff. de leg.*

Digitized by Google

jus esse artem æqui & boni, *l. 1. princ. ff. de just. & jur.* Ex his credo jam dignosci poterit, quæ sint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAPUT III.

Utrum dare Bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio, an jurisdictioni adscribenda?

DUplicis in argumento de jurisdictione sit imperii merum, meri & non meri sive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, est potestas gladii, adanimadvertendum in facinorosos, *l. 3. ff. de jurisdict.* cui descriptioni si addideris, *vel cujusvis alterius gravioris coercitionis*, ex *leg. 6. princ. ff. de offic. proc. l. nemo potest*, 90. *de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint, sive tollendi e numero civium servitute pœnæ, deportatione, sive relegandi fustigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens, sicut dicimus merum jus gentium quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona fides 31. ff. de poss.* meram donationem, id est puram & simplicem, *l. Aquilius*, 27. *ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non est dilutum, & similia. Est autem hoc nomen huic imperio inditum, quia est & aliud imperii genus, quod nostri non merum aut mixtum vocant: propterea quod jurisdictioni cohæret, subservit, inest, consistens in modica coercitione; id est, executione decretorum & pronuntiatorum in causis civilibus; cum merum illud a jurisdictione sit separatum, & circa criminum animadversionem versetur, *l. 1. in fin. l. ult.* §. 1. *ff. de off. ejus, &c. l. 3. ff. de jurisdict.* Igitur mixtum Imperium est potestas, cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta sunt, intelligi potest, nimirum quia conjunctum & unitum est cum jurisdictione, ejusque inseparabile adjunctum: siquidem hæc duo, jurisdictio & mixtum imperium, ratione personæ, cui competunt, indissolubili vinculo inter se copulata & nexa sunt, ita ut alterum ab altero divelli non potest sine jurisdictione, ita nec sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, satumque efficiat, quod statuit aut decrevit *dict. leg. ult.* §. 1. Cæterumetsi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum est, cum jurisdictione, ut ab ea sejungi non possit, nihilominus tamen ut nominibus distincta sunt, ita & reipsa sunt diversa, actusque jurisdictionis, & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni attribui debeat. Diversa hæc esse patet cum ex eo, quod mandata jurisdictione etiam hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis eique perpetuo cohærens, *dict. leg. 1. in fin. & d. leg. ult.* §. *de offic. ejus &c.* tum quod definitur modica coercitio, quo magistratus jurisdictionem suam tuetur, & quæ decrevit, exequitur *dict. leg. ultim.* §. 1. Jam vero quod simul cum jurisdictione transit, quod jurisdictionis tuendæ gratia comparatum est, id utique non est idem cum jurisdictione, sed aliquid ab ea diversum. Actuum quoque diversitas conspicua est, & facile dignosci potest. Non causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari captis pignoribus, aut mulcta exacta, imperii, non jurisdictionis. Er utique cum imperium, quod omnes fatentur, consistat in executione; necesse est, ut actus aliquis jurisdictionis præcedat, quem sequatur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Ac proinde qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, aperte sibi contradicunt, dum ajunt, imperium esse coercitionem, cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, illudque positum esse in executione; ut Coras. 3. *misc.* 17. Duar. *de jurisd. cap.* 7. Donell. 17. *comm.* 6. Vaud. 2. *quæst.* 35. Fachin. 2. *contr.* 95. Scipio Gentil. 1. *de jurisd. cap.* 3.

Accedamus jam ad disquisitionem problematis nostri, & videamus, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere Prætoria stipulatione, in possessionem mittere, mixto imperio adscribenda sint, an jurisdictioni? Imperio attribui non possunt. Nam ut de bonorum possessione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus jurisdictionis, quem Prætor eam dando defendat, neminem coercet, neminem mulctat. Quod si dicat aliquis, præcedere saltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam esse sententiam, quam non præcedat causæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii sunt, posuit unquam sententiam dicere, cum unde petitur, absolvere aut condemnare? Jus dicendæ sententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec proprie jurisdictio est, sed nuda duntaxat notio, id est, cognoscendi & judicandi facultas sine exequendi potestate, *leg. 5. l. a div. 15. ff. de re jud.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum possessionem dare, actum esse jurisdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipsum eo quoque manifeste evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione constitit, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano in *pr. Inst. de bon. poss.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed a jurisdictione Prætoris veniunt: unde scilicet omnia edicta proficiscuntur; quod & nominatim de bonorum possessionibus restatur idem Imperator in *princ.* §. 2. *Inst. dict. tit.* Quapropter sic omnino habendum est, cum Prætor alicui bonorum possessionem dat, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, *l. 1.* §. 1. *quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse mixti imperii, sed intra terminos consistere jurisdictionis. At enim vero si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, hic jam Prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obnitentes. Fac. *leg. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei, qui in poss.*

Sed huic sententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de jurisd.* ubi diserte Jurisconsultus ait mixti imperii esse dare bonorum possessionem, sic enim hic locus vulgo, atque in ipso quoque codice Pisano legitur: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistat. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Non auderem asserere locum istum corruptum esse, nisi me moverent summorum virorum auctoritas & præcipue manifesti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio istius loci sit vitiosa,

tiosa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc leg. n. 34. legendum: *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in vetribus libris frequentius mendum est, quam iterati verbi omissio. Vel cum Am. Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* substituendum *quæ*, hoc modo, *cui etiam jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Nam ex utriusque syllabæ similitudine facile error nasci potuit, & quod caput est, verba sequentia, *jurisdictio est etiam*, &c. evidenter ostendunt, prius a Jureconsulto prolatum esse exemplum jurisdictionis. Hotomannus *lib. 7. observ. 16.* etiam pro his verbis cui jurisdictio inest, mavult legi, quod jurisdictioni inest, non equidem absque ratione: nam proprie jurisdictio non inest, non accedit, subservit imperio, sed hoc illi, *leg. 1. in fin. leg. ultim. §. 1. de offic. ejus*, cæterum non semper & ubique æque accurate ipsi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria stipulatione & in possessionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adscribi posse superioribus consequens est. Etenim cum Prætor cavere jubet, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, id vi jurisdictionis suæ facit, non imperii, haud secus ac si judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui aut exhiberi, & si jussui ejus non pareatur, contumacem contemnet quanti adversarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium scriptum est, stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire *leg. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum suum Prætor manu ministrorum exequitur *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de jurisd.* & Paulum *l. ea quæ, 26. ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione in possessionem mittere, imperii magis esse quam jurisdictionis. Nam verbo imperii istis locis non significatur imperium mixtum, de quo hic agimus, alioqui dicere debuissent Jurisconsulti, ista non esse jurisdictionis, sed imperii mixti: cum vero dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, utique fatentur esse jurisdictionis, sed hoc significant esse hæc jurisdictionis cujusdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperiosæ, quam juridicæ: in qua scilicet majorum magistratuum, hoc est, eorum qui tribunali præsunt, potestas resplendeat: minores enim magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentiores hujus jurisdictionis sunt exercere non posse, *dict. l. 26. princ. ad munic.* unde alibi eodem intuitu hi magistratus dicuntur esse sine imperio, *leg. nec magistratus, 32. in fin. ff. de injun.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum jurisdictione sua habeant, *arg. leg. ultim. de offic. ejus leg. 2. ff. de jurisd.* & ut qui jurisdictionem *modum, 29. §. penult. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* numerarur inter ea, quæ imperii magis, quam jurisdictionis sunt; & quæ ob id magistratus inferiores facere non possunt, etiam restitutio in integrum, *dict. leg. 26. §. 1. ff. ad munic.* Ar nec in integrum restituere mixti imperii actus est: sed species splendidiores illius, quam dixi, jurisdictionis; quæ enim hic coercitio, aut quis dixerit, restitutionem in integrum cohærere, inesse, servire jurisdictioni, ejusque explicandæ causa comparatam esse? Ejusdem generis est & cognitio de suspectis tutoribus, *leg. 5. §. suspecti, 11. ad Senatusconsult. Turpill.* ubi Jurisconsultus ait, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, nullumque alium quam præsidem, de hujusmodi quæstione posse pronunciare. An quia hoc mixti est imperii? minime; nam & magistratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante ostensum: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quam soli habent magistratus majores, & quam imperii nomine passim veteres designant, *leg. 8. & l. ultim. ff. de offic. proc. leg. 3. ff. de offic. ejus &c. l. 2. ff. de adopt. leg. 12. §. 1. ff. de judic. leg. juris gentium, 7. §. si paciscar, 15. ff. de pact. leg. quod jussit, 14. ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic jurisdictioni tribuitur: eoque nomine significatur excellens quædam potestas majorum magistratuum, sed talis tamen quæ posita sit in jure dicundo, & intra terminos jurisdictionis consistat.

Quidam cum hinc se expedire alia ratione non possent, duo genera mixti imperii comminiti sunt, unum quod subserviat & cohæreat jurisdictioni, comparatum jurisdictionis contentiosæ defendendæ & exequendæ gratia: alterum, cui insit, & tanquam principali accedat atque ancilletur jurisdictio: hujus generis esse putant ea, quæ magis imperii quam jurisdictionis esse dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, sicut in priore specie jurisdictio, ita in posteriore magis eminet imperium, ita Baro *in leg. ultim. ff. de offic. ejus*, Mascorn. *de jurisd. num. 143.* Boer. *cap. 4. num. 18.* Obrecht. *cap. 12. num. 25.* Osvv. Hillig. *ad* Donell. *lib. 17. comm. 8.* Sed toto eos errare judicio, ea quæ supra diximus, manifeste ostendunt. Nullum enim est imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat, cui accedat & famuletur jurisdictio; sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in aliqua coercitione; comparata ad jurisdictionem tuendam atque expediendam. Ita post Longovallium Goveanus & Anton. Fab. *ubi supr. & ad dict. leg. 1. in rational.* Bachov. *ad tit. ff. de jurisd. cap. de mixti imp.* atque hæc quoque sententia, ut est simplicissima, ita & verissima nobis videtur, & dudum visa est, *tract. de jurisd. cap. 7.*

CAPUT IV.

An propagatio jurisdictionis de loco ad locum, & tempore ad tempus ex ratione juris nostri defendi queat?

CErti atque explorari juris est, non solum eum, qui jurisdictionem habet, eam posse mandare alteri, dummodo etiam habeat suo jure, non alieno beneficio leg. *leg. 3. ff. de jurisdict.* id est, modo propriam habeat, non mandatam ab alio, verum etiam jurisdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, consensu partium posse ei ipsi prorogari: ac jam vi hujus prorogationis jus dicere possit inter eos, qui jure publico jurisdictioni ejus non sunt subjecti, aut de summa ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc est, quod Ulpianus ait, *l. 1. ff. de judic. Si se subjiciant aliqui jurisd. & consentiant in consentientes cujusvis Judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem*

habet, eſt juriſdictio: & hic fac. *leg. eſt receptum*, 14. *l. ſi convenerit*, 23. *ff. de juriſd. l. 2. princ. & §. 1. leg. de qua re*; 74. §. 1. . *de judic.* Doctores noſtri fere quadruplicem faciunt juriſdictionis prorogandæ modum, de perſona ad perſonam, de re ad rem, ſeu quantitate ad quantitatem, de loco ad locum, de tempore ad tempus. Ex quibus modis duo priores certo jure nituntur, *leg. eſt receptum*, 14. *& l. ſeq. l. ſi convenerit*, 18. *ff. de juriſd. leg. 2. l. 2. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. de juriſd. l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de judic. leg. inter convenientes*, 28. *ad municipal.* ſed de tertio & quarto prorogandi juriſdictionem modo, ſcilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non ſine cauſa quidam dubitant an jure noſtro recepti ſint. Quod attinet ad alium, de loco ad locum, quæſtio in eo poſita, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut virtute hujus prorogationis, etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur ei, cujus juriſdictio ſic prorogata eſt, verbi cauſa: an Judex Mutinenſis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ ſibi juriſdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem idem Zaſ. in *leg. penult. ff. de juſtit. & jur. num.* 23. & DD. commun. in *leg. ultim. ff. de juriſd.* qui & porro quærunt, an hic præciſe requiratur expreſſus conſenſus partium, & an etiam neceſſarius ſit conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus, ſeu ſaltem tacitus? Sed ſi evincimus talem de loco ad locum juriſdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi, quam captis pignoribus tueri poſſint, *leg. quemadm.* juris noſtri minime conſentaneum eſſe, omnis de ea re diſputatio ſupervacua futura eſt. Alienam eſſe a ratione juris Romani primus oſtendere tentavit Bartolus in *leg. 2. ff. de judic. in princ. num.* 7. Idem poſt fecit & Baldus in *diſt. leg. 2. num.* 7. & poſt hunc Salicet. *in leg. 1. Cod. de juriſd. num.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum eſſe luculenter demonſtrabimus.

Primum illud extra omnem controverſiam poſitum eſt, magiſtratus omnes in ſuo duntaxat territorio juris dicundi poteſtatem habere, extra locum territorii ſui privatos eſſe, eorumque jure cenſeri *leg. 3. ff. de offic. præſid. leg. ultim. ff. de Juriſdict.* At privato ſeu ei, qui nulli judicio præeſt, tribui juriſdictio conſenſu litigantium non poteſt, *leg. 1. ff. de judic. leg. 3. Cod. de juriſd.* Alexander in *diſt. leg. ultim.* ſubtilem agit, dum ait judicem habere juriſdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicumque locorum ſit. Mihi vero valde inſubtilis & inepta videtur illa Alexandri juriſdictionis cum habitu comparatio: cum habitus ſit qualitas & vis animi longo uſu & crebris actionibus parta e ſubjecto ægre mobilis: juriſdictio autem jus quoddam & poteſtas in ſubjectos cives publice tributa certos terminos ac limites ſuos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque juriſdictio eſt objectum ſeu materia, circa quam magiſtratus verſatur & occupatur, ſed in ſuo duntaxat territorio: magiſtratus adjunctum occupatum juriſdictionis, ſed ita limitatæ, ſicut Imperator eſt adjectum occupatum totius imperii, quatenus ſcilicet circa Imperii adminiſtrationem verſatur. Atqui, inquies, certum eſt poſſe magiſtratum etiam extra territorium ſuum exercere actus juriſdictionis voluntariæ; poſſunt enim & manumiſſiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconſulem & præſidem ſtatim atque urbem ingreſſi ſunt, antequam ingreſſi ſint provinciam ſuam *leg. 2. ff. de offic. proconſ. leg. apud*, 17. *ff. de manum. vind.* Reſpondemus ex eo, quod actus voluntariæ juriſdictionis extra territorium jus dicentis expediri poſſunt, male inferri, poſſe in volentes & conſentientes quoque extra fines ſuos extendi juriſdictionem contentioſam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum eſt, quod juriſdictio voluntaria ubique exerceri poteſt, ſed ex natura ipſius juriſdictionis: quippe quæ exerceatur in volentes & conſentientes, nec aliter exerceri poteſt, quod ſi extra provinciam jus dicentis id fiat, αὐχμὸν τι & fortuitum eſt. Ut ecce, ſi quis forte filium adoptaverit apud proconſulem nondum ingreſſum provinciam ſuam, is non poteſt dici prorogaſſe juriſdictionem proconſulis, non magis quam ſi apud provinciam jam ingreſſum adoptaſſet. Contentioſæ autem juriſdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam juriſdictionem pertinent, extra territorium explicari poſſunt, immo nulla ex iis, quæ cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus deſiderant, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *leg. 8. §. ultim. igitur*, 8. *ff. de tranſact. leg. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut. §. 3. Inſtit. de adopt. cum filiſ.* His accedit & illud, quod ubi ſemel ex conſenſu partium juriſdictio prorogata eſt, ea etiam in invitos exerceatur; quod tamen in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi ea vis eſſet juriſdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus eſſet conſenſu judicis territorii; utpote qui nec alteri juriſdictionem tribuere, nec eam ſibi adimere poteſt. Non obſtat *cap. ſtatutum 2. §. in noſtro de reſcript. in 6.* nam illic ſermo eſt de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, conſtat ubique jus dicere poſſe, etiam extra civitatem ſeu diœceſin, in quibus deputatus eſt, modo expreſſus partium ad id accedat conſenſus, quod etiam eodem loco a Bonifacio VIII. diſerte requiritur.

Quinimmo nec illud abſolute admittendum videtur, poſſe juriſdictionem judicis ita prorogari, ut quolibet in loco ſui ipſius territorii jus dicat. Etenim quæ cauſæ cognitionem deſiderant & decretum magiſtratus, ea pro tribunali tractanda ſunt, atque eo in loco ubi ſalva publica majeſtate, ſervatoque more majorum jus reddi poteſt & ſolet, *leg. penult. ff. de juſtitia & jure leg. 4. Cod. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus ſpectet, pactis privatorum mutari non poteſt, *leg. neque ex Prætoris*, 27. *ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum eſt, auctoritatem judicati habeat, *argum. reg. 4. Cod. quomod. & quand. judic.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcumque cauſæ cognitionem deſiderant, ea per libellum ſive de plano expediri non poſſe, *leg. nec quicquam*, 9. §. 1. *ff. de offic. proconſ.* Atque hoc ipſum etiam a Mario Salomonio contra Gulielm. Cuman. Bartol. & Baldum pridem obſervatum eſt in *leg. penultim. ff. de jud. & jure*. Areſto quoque Curiæ Pariſienſis *anni 1539. 2. Septembr.* continetur ut & expenſarum laxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi ſolet, fiant, teſte Coſtal. *ad diſt. leg. penult.* Quod autem Prætor non conſtringitur uno in loco jus reddere, ſed ipſi permittitur pro arbitrio ſuo locum conſtituere, ubi jus dicat *diſt. leg. penult.* id non habet hanc ſententiam; poſſe Prætorem ubivis etiam domi ſuæ, aut in itinere quacumque de cauſa jus dicere, ſed

ſed poſſe Prætorem ex pluribus tribunalibus (nam in baſilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicendi gratia eligere, id quod his verbis, ubicumque Prætor ſalva majeſtate imperii ſui, ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit, Juriſconſultum ſignificare omnino credibile eſt. Plane quæ circa cauſæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes, &c. poſſunt quidem illa alio quoque loco a magiſtratu aut judice tractari, & vel domi ſella poſita vel in itinere, *leg. 4. ff. de interrog. injur. fac.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi Prætori viſum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum eſt, nullam ex ratione juris noſtri eſſe de loco ad locum jurisdictionem prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ jurisdictionis ſpecies, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, poſtrema eſt, juris noſtri conditoribus cognita ſit. Et quidem, qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quaſi extra omnem controverſiam poſitum ſit, poſſe jurisdictionem de tempore ad tempus prorogari *per leg. 2. §. 2. ff. de judic.* Ego vero nec hanc ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam intrepide aſſero, eoſque, qui contra ſentiunt, fruſtra ſententiæ ſuæ firmamentum quærere *in dict. l. 2. §. 2. ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino jurisdictionis prorogandæ formam pertinet, ſed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod Judex datus; qui nudam duntaxat notionem, non jurisdictionem habet, *leg. 3. ff. de re judic.* juſſus eſt litem aliquam ſibi commiſſam dirimere. Hoc tempus cum ſolo partium favore intelligatur adjectum, etiam earumdem expreſſo conſenſu prorogari poſſe rationis eſt, utique ſi & ipſe judex ad tempus a Prætore datus conſentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet Judex ſine conſenſu ſuo a privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem jurisdictionis non aliorum conſenſus, quem ipſorum litigatorum deſideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur jurisdictio, nec denique Judicis ordinarii & competentis utpote cui nihil adimitur, *d. l. 2. §. 1. ff. de jud. c. Valt. 17. l. 1. C. de jurisd. num. 66.* Illud autem longe diſſimile eſt, quod Julianus ſcribit, *l. de qua re, 74. §. 1. ff. de re judic.* judicem, qui uſque ad certam ſummam judicare juſſus eſt, etiam de re majori judicare poſſe, ſi inter litigatores conveniat; hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ Interpretum commenta ſunt, pertinet, ſed ad ſecundam prorogandæ jurisdictionis formam, de re ſcilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notiſſima, de perſona ad perſonam, certo jure recepta eſt, ut ſupra demonſtravimus. Neque Juliano illic ſermo eſt de ſimplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 1. §. 2. & paſſim ff. de judic.* cui ſcilicet in aliqua cauſa committi ſolebat, præſcripta formula & reſervata dandi poteſtate exequendi, *leg. a Divo, 15. ff. de re judic.* ſed de Judice publice conſtituto non ad unam aliquam litem, ſed generaliter ad omnes cauſas, quæ quandoque incidere poſſunt, terminandas uſque ad certam ſummam, ac proinde de eo, qui jurisdictionem habeat & magiſtratus ſit; facit *l. inter convenientes, 28. ff. ad municip.* Illud probandum erat, poſſe magiſtratus annui jurisdictionem conſenſu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magiſtratu, & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit, quod nunquam oſtendent. Immo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur, *leg. vinum, 22. ff. de rebus credit. leg. ſi ſoluturus, 39. ff. de ſolut.* neminem tamen credo tam eſſe infantem in arte differendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres uſus fuiſſe videtur extra ſpeciem *dict. leg. 2. §. 2. ff. de judic.* ubi non jurisdictio annui magiſtratus, ſed nuda notio judicis ad tempus dati conſenſu partium & ipſius quoque judicis prorogata proponitur, addit. Anton. Faber *ad dict. leg. 2. §. 2. in rational.* quocirca loco non ſine ratione clauſulam illam *dict. §. 2. niſi ſpecialiter principali juſſione prorogatio fuerit inhibita*, Tribonianо adſcribit. Quis enim aliud ita loqueretur, *juſſione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione jube i?* Addé, quod inſolens eſt ad tempus a Principe Judicem dari, aut ad tempus a magiſtratu dati notionis inhibere prorogationem. Sed hæc *supra*.

CAPUT V.

In Jus vocatio an ſit pars judicii proprie dicti?

PRoceſſus judiciarii quatuor ſunt partes, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, in jus vocario, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta ſententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt: nec ſemper neceſſaria eſt, ſed tunc ſolummodo, quando condemnatus ſententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars eſt in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur, §. *ult. Inſt. de pœn. temp. litig.* hoc eſt, qui cum aliquo judicio contendere inſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus vocare debet, id eſt, ad eum vocare qui jus dicturus ſit, juris experiundi gratia, *dict. §. ultim. jun. l. 1. ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere, & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus, *leg. 1. ff. de edend. auth. offeratur, Cod. de lit. conteſt.* Unde intelligimus hunc actum omnino neceſſarium eſſe, eoque emiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere; fac. *l. 4. C. de ſent. & interloc.* & merito; quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque Judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt, *Clem. paſtoralis de re jud.* Gail. 1. *obſ.* 48. Nonnulli & partem judicii eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata, *leg. amplius, 15. ff. rat. rem. hab. leg. unic. C. de lit. cont.* Gail. *d. obſerv.* 28. VVeſemb. *par. de jud. num. 6.* Diſſidium haud difficile compoſitu. Nam aut

vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima, aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud Judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet: Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio, causæ cognitio, &c. unde ea quoque quæ apud magistratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri, passim *tit. ff. de interrog. in jur. fac.* 2. §. 2. *ff. quæ sententiæ sine appellat. rescind. leg.* 1. §. *penult. & ultim. ff. de administrat. tut. leg. ultim. ff. si quis in jus voc.* Posterior proprie judicii pars non est: sed tantum principium & præparatio judicii instituendi, neque enim proprie aut Judex aut judicium ullum esse intelligitur, antequam lis sit contestata, *dict. leg. unic. C. de lit. contest.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur prævention em, id est: si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii Judicis, quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione prævent us, *leg.* 7. *ff. de judic. Cod. proposuisti ext. de foro competenti.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem esse, & judicium cœptum intelligi, simulatque reus in jus vocatus est, *per leg. ubi acceptum, ff. de judic.* Respondeo etiam si hic effectus est in jus vocationis, ut reus, licet postea alterius fori esse cœperit, item apud eum, ad quem vocatus est, porro contestari & causam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non sequitur in jus vocationem partem esse judicii, aut judicium jam esse cœptum, voce judicii stricte sumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem consilium mutare, & ad novum judicem reum vocare potest, ita cape *dict. leg. ubi acceptum*, 30. *leg. si is*, 34. *ff. de judic.* At in specie proposita, quidni liceat actori ante litem contestatam consilium mutare, reumque convenire in foro recens quæsito, *argum. leg. si quis*, 112. *ff. de verbor. obligat.* Nam utique reo competere non potest exceptio prævention is, qui non prævenit, sed prævent us est. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum post litem contestatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri potest, poteritque reus ipsi actori volenti causam forum recenter quæsitum trahere, exceptionem opponere litis pendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis est, ut actorem mutuæ petitioni rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem Pragmatici nunc reconventionem vocant, *leg. qui non*, 22. *ff. de judic. leg. eum Papinianus*, 14. *cum auth. & consequenter, Cod. de sent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure novissimo in actionibus realibus per solam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici insinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigiosa, *auth. litigiosa*, & ibi Doctor. *Cod. de litigios.* Ex quo non male inferri videtur jure Novellarum judicium cœptum intelligi, saltem in actionibus in rem, statim atque reus in jus vocatus est. Et porro cum jure Canonico hoc generale censeatur, ut scilicet tam in actionibus personalibus, quam realibus per insinuationem citationis res vitio litigiosi afficiatur, *Clement.* 2. *ut in lit. pendent. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari recte colligi putatur per *c. gratum, de offic. delegat.* Respondeo ne hæc quidem collectio firma est; neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigiosam, ut ea postea alienata vel pignorata emptori vel creditori obstet exceptio litigiosi, sequitur protinus judicium esse cœptum: non magis quam ex eo, quod citato operatur prævention em, quod perpetuat jurisdictionem delegati, de quo in *dict. cap. gratum*, aut quod ex sola adhitione Prætoris effectus prorogationis inducitur, *leg. si convenerit*, 18. *de jurisd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ alias tempore aut morte perirutæ erant, judicio semel inclusarum perpetuatio, fructuum in strictis judiciis post acceptum judicium præstatio, exceptionem dilatoriarum exclusio, &c. non sunt effecta in jus vocationis, seu citationis, ut nunc passim loquuntur, sed manent adhuc propria litis contestationis, utpote per quam demum res in judicium deducitur, & cognitioni judicis subjicitur, *leg. unic. C. de lit. contest.*

CAPUT VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri prosit, aut noceat?

EXplorati juris est neminem sua pactione alteri nocere posse; ac ne ei quidem, cujus est in potestate, *leg. si tibi*, 17. §. *pen. l. si unus*, 27. §. 4. *vers. ante omnia, l. contra juris*, 28. §. 2. *l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum possit actionem domini gratis remittere, *d. l.* 28. §. 2. ex quo loco temperandi textus in *l.* 12. *& l.* 14. *ff. eod. per l.* 12. *C. de transact. l. pactum curatoris*, 22. *C. de pact.* Sed nec pactione nostra alteri, cujus juri subjecti non sumus, aut cujus rebus administrandis non sumus præpositi, possumus prodesse, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur, *l. si stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *ff. de verb. obl. l.* 11. *ff. de obl. & act. l. quo tutela*, 73. §. *ult. de reg. jur.* Hinc est, quod nec pactum fidejussoris prosit reo principali, *leg. fidejussoris*, 23. *ff. de pact.* quanquam si expresse convenit, nec a reo quoque petatur, hoc casu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, sed subsidiarium doli, *leg. idem in duobus*, 25. §. *ult. & l. seq. dict. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, sive in rem factum, fidejussori quoque prodesse, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejussori prosit, ipsius quoque debitoris interfit, propter mandati judicium. Nam si nulla sit fidejussori mandati actio, verbi gratia, si donandi animo fidejussor intervenerit, pactum rei fidejussori ad exceptionem minime proderit, *reg. & hæredi*, 21. §. *ult. de fidejuss. l. quod dictum*, 2. *eod. tit.*

De pacto unius e duobus rei promittendi aut stipulandi quæsitum, an non id saltem alteri prosit aut noceat? Et si quidem unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigitur propter regulam *d. l.* 21. §. *ult. l.* 23. *in fin. & text. in leg.* 25. *ff. dict. t. C. l.* 62. *ff. ad leg. Falc.* Nam hic quoque paciscentis interest a socio promittendi reo non peti: quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstat tamen *lex* 3. §. 3. *de lib. 3. de lib. legat.* ubi Julianum respondisse Ulpianus refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari

Digitized by Google

berari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur, quibus verbis non obscure significare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut incasu illic proposito liberatio non pacto, sed per acceptilationem fiat, quia pactum unius e reis promittendi sociis alteri non prodest, sed quia non prodest ipso jure, atque ita adhuc fieri posset, ut dum actio, quæ ipso jure sublata non est, adversus alterum ab hærede instituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc est ratio cur Jurisconsultus in dicta specie liberationum fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut scilicet in omnem eventum legatario prospectum sit. Quid ergo si rei debendi non sint socii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodesse: atque ut ita sentiam, multa me movent. Primum quia hic paciscentis nihil interest a correo suo pecuniam non peti, quippe qui, etsi postea conventus a communi creditore solvat, nullam adversus eum, qui pactus est, actionem habet, ut hic cesset regula *d. l.* 21. §. *ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus Ulpiani in *dict. l.* 3. §. 3. *ff. de lib. legat.* Ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata est, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non, ut per acceptilationem, ut etiam correo liberatio prosit. Qui locus apertissime sententiam nostram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri potest, quam quod ibi Jurisconsultus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius eum dumtaxat, qui pactus est?

Duo tamen huic sententiæ objiciuntur. 1. Responsum Pauli in *leg.* 25. *princ. ff. de pact.* 2. rescriptum Imperatorum Diocletiani, & Maximiani in *leg.* 2. *Cod. de duob. reis. In dict. leg.* 25. *pr.* idem, ait Paulus, in duobus reis promittendis & duobus argentariis sociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejussoris, quam reo non prodesse, nisi fidejussor sit in rem suam, idem Paulus *in leg.* 33. *pr. & leg.* 24. *ff. eod.* respondet: Minime. Nam pactum unius e duobus sociis alteri quoque prodesse debet propter judicium societatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis, ut quemadmodum illud fidejussori quoque prodest, *dict. leg.* 23. *in fin.* sic unius ex argentariis vel reis promittendis sociis pactum alteri quoque proficiat, utroque enim casu paciscentis peculiariter interest, ne pecunia ab altero petatur rei principalis, ne a fidejussore propter mandati judicium unius e duobus reis vel argentariis sociis, ne a socio propter judicium societatis, quo aliquid id paciscenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis sociis, sed etiam de reis promittendis sociis, *dict. leg.* 23. loquitur. Et est verissimum quod Cujacius monet, cum fine *d. l.* 23. immediate conjungi debere *dict. leg.* 25. utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciscentis principaliter interest: quod & inscriptio & res ipsa indicat.

Alterum quod huic sententiæ obstare plerique putant, est *lex* 2. *Cod. de duob. reis*, ubi Impp. rescribunt, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, eum posse repetere: quod si accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe judicatum esse testantur, Ant. Fab. *Cod. suo for. de duob. reis, defin.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 114. *& vol.* 4. *dec.* 178. Jam vero hoc posito, unum e duobus reis debendi solventem posse id quod partem suam excedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciscentis, ne a se petatur, interesse ne petatur a correo suo, & consequenter id pactum etiam correo profuturum, ne si forte is solidum solvat, pro parte id ab eo, qui pactus est, repetat. Ego autem non video, quæ in proposita quæstione actio solventi citra cessionem competere possit. Illud utique certum est, solutione unius ipso jure totam perimi obligationem, §. 1. *Inst. de duob. reis, l.* 2. *l.* 3. *in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori superfit actio, quæ cedi possit. Nec ulla dari potest ratio, cur cum uno ex pluribus fidejussoribus solidum solvente sine pacto aut cessione nulla detur adversus considejussores actio, *leg. ut fidejussor*, 39. *ff. de fidejuss. leg. Modestinus*, 76. *ff. de solut.* dandi sit uno e reis principalibus solvente adversus correum. Sed nec suo nomine adversus correum actionem habere potest: non actionem mandati, quod nullum intercessit; non actionem negotiorum gestorum, quia non alienum, sed suum negotium solidum, quod debebat, solvendo gessit; non denique actionem communi dividundo aut pro socio, quarum neutra competit circa communionem *l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. divid.* accurate Ant. Fab. *l.* 11. *conject.* 6. *& seq.* contra Cat. Molinæum *ad d. l. Modestinus, de solut.* Quid ergo respondebimus ad *d. l.* 2. *C. de duob. reis*? Putamus eam commode accipi posse de duobus reis, qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expresse in textu pecunia communiter mutua accepta: ut hoc casu uno solidum solvente, aut actio pro socio, si socii fuerint, aut communi dividundo adversus alterum competat, *arg. l.* 2. *pr. ff. com. divid. junct. l. ultim. fit*, 31. *ff. pro soc.* add. Perez. *ad ult. C. de duob. reis*, *num.* 10. *& seq.* Gomez 2. *var. res.* 12. *in fin.* Plane si nominatim persona correi quoque pacto comprehensa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli *per l.* 25. §. *ultim. & leg. seq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis stipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta si pactus sit se non petiturum? Et hic iterum distinguendum videtur inter socios credendi reos & simplices. Si sint socii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque prosit. Nam pro ea saltem parte obstabit correo petenti exceptio, quam ille toto soluto socio restituere teneretur judicio societatis. Quam autem partem ipse consequitur, eam non tenetur communicare socio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Ut ut autem summi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit, æquitatis tamen ratio facit, ut in proposito saltem pro parte agenti obstet exceptio, pro ea, inquam, parte quam alioqui acceptam teneretur restituere socio.

Cæterum Anton. Faber *11. conject.* 13. *& in rational. ad leg.* 27. *de pact.* rejecta hac distinctione, contendit pactum unius e reis credendi sociis alteri nocere in totum; utitur argumento *leg. si duo*, 34. *ff. de rec. arbitr.* ex quo loco sic ratiocinatur: Si compromissum unius ex correis sociis nocet in totum alteri, ita ut si is qui compromisit, veritus sit petere, neque alter petere possit, ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromissum nocet, &c. *per d. l. si duo.*

Digitized by Google

si duo. Respondeo, factum est assumptum, idque vel ex eodem loco demonstrari potest. Non enim quæritur illic, an socius petere, quod promissum est, possit: sed an petente illo stipulario pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur? quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromissum socio, qui non compromisit, non obesse, ut eo quoque petente stipulatio pœnalis committatur, adversus eum scilicet qui compromisit. Quod si correi credendi socii non sint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim alia pacta viam suam exerunt extra personas paciscentium, *leg. si unius*, 27. §. 4. *vers. ante omnia ff. de pact.* & eo pertinet ejusdem *l.* 27. *pr. vers. ultim.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit, *leg.* 2. *ff. de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. si rem*, 13. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit, *in duobus*, 28. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque disserte traditum in *leg. jusjurandum*, 27. *ff. eod. tit.*

CAPUT VII.

Si unius debiti plura sint apud creditorem chirographa, an unius redditione censeatur obligatio remissa?

SI creditor debitori suo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remisisse, *leg.* 2. §. 1. *ff. de pact. fac. leg.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum*, 59. *ff. de leg.* 3. Quæ res dubitationem non habet, si creditori duntaxat una cautio exposita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejusdem debiti plures cautiones sive instrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione, similiter obligatio tacite remissa censeri debeat, quæsitum est. Affirmant Bart. Bald. Castr. Jason *in d. l. secunda*, *de pact.* quorum sententiam ex professo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. C. de sec. div. pact. num.* 7. Negant Duar. Fort. Garc. Paul. Bus. *in dict. leg.* 2. excepto si id actum esse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint aut legatæ debitori. Moventur Bartolus, eumque secuti hac ratione, quia unum tantum instrumentum est, quamvis pluribus tabulis conscriptum, per *leg. unum*, 24. *ff. qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, *arg. dict. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum*, 59. *de leg.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem, pro defensione sententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum sumptum est ex *leg. veteribus*, 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, ex eo infert Bachovius: creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, & contra eum esse juris præsumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum est, quod præferenda sit sententia humanior: eam autem esse, quæ favet liberationi, *leg. Arianus*, 47. *ff. de oblig. & action.* Tertium, quia generalis est definitio tradita in *dict. leg.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditioni chirographi hoc actum tacite intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari potest, quam debiti remissio. Postremum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur. Cæterum hæc sententia aliis, ut dixi, displicet, & merito, meo quidem judicio: quippe qua admissa magna occasio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: nam debitori in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut si quando ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Quapropter lubens subscribo sententiæ eorum, qui censent unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse a debitore probetur: quod si id docere non possit, non ipsi, sed creditori jusjurandum deferendum esse, nempe ut juret chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *leg. ultim. ff. de his, quæ in test. del.*

Superest, ut respondeamus argumentis contrariæ sententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum: verum igitur esse instrumentum redditum esse, est ex eorum genere, quæ Aristoteli in poster. analyt. dicuntur ἀντιστρέφοντα, id est, tale ut pro creditore retorqueri possit in debitore. Nam ut Bartolus sic argumentatur pro debitorem, unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum, ergo verum est redditum esse: ita pro creditore contra debitorem hoc relum retorqueri potest: unum est instrumentum; atqui hoc a creditore retentum, igitur non est redditum. Quanquam nec illud simpliciter verum est, quod ait Bartolus, unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus, aut una obligatio: at plures tamen hic esse cautiones sive plura instrumenta recte dicitur, *leg. unum*, 24. *ff. qui testam. fac. leg. ultim. ff. quæ in testam. del.* Add. *leg. veteribus*, 39. *ff. de pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum est, respondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obscuri tradit, trahendum esse ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur: præsertim ad hoc ut donario interveniisse præsumatur, & eo quidem etiam casu, ubi alius istius facti finis dari potest. Vulgo dici solet vel frivolam clausulam excludere donationis præsumptionem, eo quod nemo facile suum jactare velle aut effundere præsumatur, *leg. cum de indebito*, 25. *princ. ff. de prob.* Mihi Doctor. Cyn. Baldus & Doctor. *in dict. leg.* 3. *Cod. de non num. pecun.* Ad secundum Bachov. argumentum eadem dari responsio potest, nempe non usque adeo indulgendum esse liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione constat, ut quis sine causa suum perdere voluisse existimandus sit. Donare enim, perdere est, *dict. leg.* 25. *de prob. leg.* 7. *princ. ff. de donat.* Ad tertium definitionem *leg.* 2. §. 1. *ff. de pact.* restringendam esse ad casum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri solet, exposita & eadem reddita est. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejusdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali casu cogitasse Jurisconsultum credibile est, *arg. leg.* 3. *& leg. seqq. ff. de leg.* Ad quartum quoque non difficilis responsio est, nempe cum creditor unum tantum e duobus ejusdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo cre-

Digitized by Google

credendum esse, voluisse eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem sibi propositum habere potuerit, qui potius præsumendus sit: nimirum ideo id creditorem fecisse, quia ex altero, quod retinuit debitum satis probari possit, ut supervacuum videatur utrumque retinere. Quod si animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæso, non utrumque restituit, sed alterum retinet? Actus agentium, ajunt nostri, non operantur ultra eorum intentionem, *leg. non omnis, 19. princ. ff. de reb. cred.* Potest & his finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitiose adversus debitorem velle machinari. Postremum Bachovii argumentum petitum ex *leg. 59. de de legat. 3.* responsionem non meretur. Nos enim de eo casu disputamus, ubi e duobus chirographis unum redditur simpliciter, nec creditor in se donare profitetur. Legare autem donare est, §. 2. *Institut. de legat. leg. legatum, 36. ff. eod.* 2. Nullum enim dubium est, quin sicut donata, ita & legata cautione, seu chirographo, & vel una, licet plures creditori expositæ, nomen ipsum, seu debitum donatum legatumque intelligatur, *dict. leg. 39. de legat. 3. leg. servum, 44. §. cum qui, 3. eod. 31. leg. 3. §. 1. de lib. legat. cum similib.*

CAPUT VIII.

An de controversiis ex testamento ortis recte transigatur non inspectis testamenti verbis? & quid hic statuendum de pactione gratuita?

IN *leg. sub prætextu, 19. C. de transact.* traditur hæc regula, sub prætextu instrumenti postea reperti transactio bona fide facta non rescinditur. Quæ regula officium suum perdit ex communi Interpretum nostrorum sententia; & meo judicio vera, si transactio facta sit super controversia ex testamento profecta, non inspectis cognitisque testamenti verbis, atque ex testamento postea prolato appareat læsum esse transigentem, & habemus in hanc sententiam textum expressum in *leg. 6. ff. de transact.* ubi hæc verba Caji leguntur: *de his controversiis, quæ ex testamente proficiscuntur, neque transigi, neque requiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*: cui geminus alter locus ejusdem Caji in *l. 1. §. 1. ff. testam. quemadm. aper.* Cujacius tamen ad *leg. 1. ff. de transact.* & Æmilius Ferretus putant hanc sententiam falsam esse, & natam ex communi errore. Moventur hisce rationibus: Primum, quia nulla sufficiens ratio dari potest, cur transactio, quæ inter transigentes non minorem vim habet, quam res judicata *leg. non minorem, 10. Cod. de transact.* facta super controversiis ex testamento ortis sub prætextu testamenti postea rescindi debeat contra definitionem generalem *l. sub prætextu 19. Cod. d. tit.* & similis textus *l. 10. l. 16. l. nec interest 23. Cod. eod. l. summa 65. §. 1. ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio visum, dum suo indulgent ingenio: nam satis sufficiens vulgo redditur, eaque duplex hujus juris singularis ratio: una, ne qui testamenta supprimunt aut consulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum & modicum forte præsens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum, per *d. 8. pr. ff. de transact.* Altera, quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremæ hominum voluntates, quas eximum habere, etiam publice expedire creditur, *l. 5. ff. test. quemadm. aper.* Bart. & DD. *in d. l. 6.* Sande *lib. 4. tit. 5. definit. 15.* Quæ profecto ratio minime inepta est, quamvis id Cujacio videatur; nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in Senatu recitata effecit, ut ne super alimentis testamento relictis transigi possit sine Prætore: *d. l. 8. pr. ff. de transact.*

Deinde putat Cujacius *d. l. 6. ff. de transact.* aut pœnitentiam esse, aut a proposito alienam, quippe apud Cajum in *d. l. 1. §. 1. ff. test. quemadm. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius responsi in titulum de transactionibus conjecit, nempe illam ipsam *l. 6.* cujus tamen sententia falsa sit, si verbum illud referas ad conventa seu composita. Ego vero hic desidero judicium Cujacii, & verba hæc *neque sine judice transigi*, quæ sunt Caji in *d. l. 1. §. 1. test. quemadm. aper.* non ad judicata aut sententias Judicum, sed ad conventiones referenda esse contendo: idque vel ex eo solo evincitur, quod alioqui verba illa in absurdam & stultam abeunt sententiam. Quis enim ita loqueretur, *sine judice judicari non potest?* aut quis unquam de eo dubitavit? Caji sententia minime obscura est, neque partes transigere posse de iis, quæ testamento relicta sunt, sine judice, apud quem scilicet tabulæ aperiri solent, neque aliter Judicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti: non quod ipsa transactio auctoritatem desideret Judicis, sed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit, *d. leg. 1. pr. l. 4. l. 5. quemadm. test. aper. l. testamenta 18. Cod. de test.* VVesemb. *parat. d. tit.* Costal. *in l. 6. ff. de transact.* Barthol. *cap. 3. de transact. num. 14.* qui & merito notant Accursium, Bart. Bald. quod plus hic tribuant sententiæ Judicis, quam privatorum transactioni: quasi Judici liceret etiam sine inspectione tabularum sententiam ferre, privatis non liceret transigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius solet, verba Caji sic reddiderunt, περὶ τούτων ἃ διαθήκαις φανεροῦται χρῆναι ἢ διαλύεσθαι ἢ συγχωρεῖν, ἐπεὶ τί ἀνδάξεται ἄνευ μὲν τοῦ ἐπιδικάσαι τῶν ἐν διαθήκαις. ζητεῖται. Porro tria adhuc communi sententiæ objiciuntur. Primum responsum Scævolæ in *l. Lucius 78. §. ult. ff. ad S. C. Trebell.* ubi casus proponitur, quo post transactionem interpositam reperta instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse quam hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Respondeo in casu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino esse & præsupponendum, omnia legitime fuisse acta, testamentum inspectum fuisse atque ex verbis testamenti satis constitisse de fideicommisso: neque postea aliud voluntatis ultimæ instrumentum, puta codicillos, quibus fideicommissario plus quam testamento relictum erat; sed alia, quæ plus in bonis defuncti fuisse ostenderent, reperta. Nam codicillis postea repertis & prolatis non obstante transactione integra maneret fideicommissi petitio *l. 3. §. 1. ff. de transact.* cum iniquum sit pactione primi id, de quo cogitatum non est, *l. qui cum 9. in fin. ff. eod. simul.*

Objici-

Digitized by Google

Objicitur secundo *l. non est ferendus* 12. *ff. eod.* Respondeo; satis apparet ex verbis hujus loci, factam fuisse transigenti in specie illic proposita testamenti inspiciendi copiam, atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitanter, quod suæ negligentiæ imputare debet. Plane est Jurisconsulti sententia, nempe non esse audiendum eum, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit.

Postremo ex Joanne objicit Accursius, quod transactio sit rei dubiæ & incertæ, at post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam, sed certam. At quam jejuna hæc objectio! quasi vero adhuc quæri non possit de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eo minus rata esse debere transactionem, quod adjecta non sit clausula, *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur transigentes gnaros fuisse eorum, quæ testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio, forte lectum non sit, Bart. *in d. l. 6.* Anr. Fab. *Cod. jus for. hoc tit. defin.* 1. Sande *lib.* 4. *tit. 5. defin.* 15.

Reliquum est, ut jam examinemus quæstionis propositæ partem alteram, nempe quid hic statuendum de pactione gratuita. Nam cum Cajus in citatis locis *l. 6. ff. de transact. & l.* 1. §. 1. *ff. test. quemadmod. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, quæsitum est, an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus non inspectis tabulis pacisci, litemque gratis remittere? Accursius, cujus sententiam secuti sunt Bartolus, Bald. & Angel. *in d. l. 6.* putat non magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere. Contra vero Albericus de Rosate, Guilielmus de Cumo, Cistr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat: quorum sententiæ & nos ultro describimus. Accursius eumque secuti argumentum ducunt a paritate rationis, & pro vero falsum supponunt, eandem scilicet hic esse transactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & transactionem differentia est; quippe cui transigit, decipi potest, accepto forte minimo pro bona summa, cum utique habere velit, quod sibi testamento relictum est: at is qui ultro totam remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat, & potest unusquisque jus sibi delatum repudiare.

Pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de transact. l. tres fratres 35. ff. de pact.* quibus locis pactum & transactio æquiparantur, & pari passu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio est? In cæteris dd. locis propositis eadem pacti & transactionis est ratio, ergo & in casu proposito. Docent nos Logici non continuo quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi dispar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet: sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Quid quod omnibus istis locis aperte agitur de pacto decidendi causa, interposito, quod nihil aliud est, quam transactio.

Affertur postremo pro eadem sententia, quod apud Paulum *lib.* 1. *sentent. tit.* 1. legitur, *de his rebus pacisci non posse, de quibus transigere licet.* Respondeo ex eo nequaquam sequirur, de quibus rebus transigere non licet, nec licere pacisci: pactio enim aliquando valida, ubi transactio non tenet; verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando decisa, aliave certa & liquida transactio interposita inutilis est; pactio donationis causa non item. Quamobrem cum rectus illi supra sæpe citati, *l. 6. ff. test. de transact. l.* 1. §. *ff. test. quemadmod. aper.* transactione duntaxat in proposito prohibeant, eaque prohibitio aliquid singulare, & transactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAPUT IX.

An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem & cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?

QUæri solet an mandati generalis hæc vis sit, ut procurator, cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem quamcumque ad administrationem suam pertinentem pro arbitrio suo alienare, in aliumve transferre? Doctores nostri duo genera hujusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio a domino commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto: & contendunt Procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui simpliciter administratio, quamvis omnium bonorum, mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verum mihi hæc distinctio suspecta semper visa est. Etenim cum ex mandato æstimandum sit, quid cuique in re aliena liceat, parem esse debere utriusque procuratoris potestatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim interest, simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandato adjecto verbo *libera*? Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, & institutus adjecto *ex asse*. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur, qualia sunt, donario, *l. 7. ff. de donat.* manumissio, *l.* 13. *ff. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. obl. non poss.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l.* 7. §. 1. *quib. mod. pign. sol.* item, quævis alia juris dominici remissio, *leg. mandato 60. ff. de procur. l. præses* 12. *Cod. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis, *l. procurator tutorum 63. ff. de proc. junct. l.* 12. *& ultim. ff. decur. furios. l. procurator* 16. *Cod. de procur. l.* 1. §. 1. *de offic. procur. Cæs.* Hinc est, quod ei, cui, licet simpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata est, rem domini in judicium deducit, *leg.* 12. *ff. de pact.* quod iistantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor.* 22. *&* 27. *ff. de administr. tut.* potest exigere & accipere, *l.* 11. *ff. de pact. l. qui hominem* 34. §. 3. *ff. de solut.* creditoribus solvere, *l. quolibet* 87. *ff. de solut. l.* 59. *ff. de procur.* novare, *d. l.* 22. *ff. de adm. tut. l. novare* 20. §. 1. *ff. de novat.* transigere, jusjurandum deferre, *d. l. præses Cod.*

de

de tranſact. d. l. ff. de pact. l. juſjurandum 17. §. *ult. de jurejur.* modo id faciat in cauſa domini, plane dubia atque incerta ex defectu probationum *arg. l. tutor,* 33. *princ. ff. de jur.* neque enim hoc ſic accipi debet, ut tranſigere aut juſjurandum deferre poſſit, etiamſi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit haud difficulter queat oſtendere, *l. mandato* 60. *ff. de procur. d. l. præſes Cod. de tranſact.* Poteſt & rem domini pignori dare, utique ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam pecuniam accipere *l.* 12. *ff. de pign. act.* Poteſt denique & vendere, quæ ſervando ſervari non poſſunt, *l. procur.* 63. *ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare, *argum. d. l.* 12. *& l. ultim. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei cui libera adminiſtratio permiſſa eſt? Non puto; utut enim liberrima, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt aliud pro alio: permutare, *leg. procurator* 58. *ff. de procurat.* Fateor, inquam: ſed hoc verum eſt & in eo, cui ſimpliciter bonorum omnium adminiſtratio commiſſa: in utroque autem hoc ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationis id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Cajum, *l.* 9. §. 4. *ff. de acq. rer. dom.* & apud Juſtinianum, §. *nihil autem* 42. *Inſtr. de rer. diviſ.* relatum eſt, eum: cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa eſt, rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plane conceſſa intelliguntur. Cujuſmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor* 60. *Lucius* §. 4. *ff. mand.* Inſtant porro hoc modo, ſi filiusfamil. & ſervus, liberam peculii adminiſtrationem habentes res peculiares diſtrahere & alienare poſſunt, ſine ſpeciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera verum domini adminiſtratio conceſſa eſt, poterit eas res ſine ſpeciali domini mandato ſimiliter alienare. At verum eſt antecedens, *leg. ſi convenerit* 18. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de pignor. act. l. ſi quis* 41. §. 1. *ff. de rei vind. l. contra* 28. §. *ult. ff. de pact. l.* 8. §. 5. *ff. quib. mod. pign. ſolv. l.* 10. *Cod. quod cum eo, qui in al. poteſt.* ratio autem connexi per ſe ſatis videtur manifeſta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: ſed hoc dicimus, nihil intereſſe utrum ſervo aut filio peculii adminiſtratio permiſſa ſit, adjecto, an omiſſo verbo *libera*: nam & liberam permiſſam intelligi cum ſimpliciter permiſſa eſt: nec uno caſu plus juris contineri ſervove aut filiofam. tribui, quam altero. Hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod eadem omnia, quæ ſuperioribus locis conceduntur, liberam peculii adminiſtrationem habentibus, alibi permittuntur etiam his, quibus ſimpliciter peculii adminiſtratio commiſſa, *l.* 13. *in fin. princ. ff. de cond. ind. l. pen.* §. 3. *ff. de viverſ. & temp. præſc. l.* 48. §. 1. *ff. de pec. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum eſt, aut procuratores omnium bonorum, ſive ſimpliciter poſſe res domini quaslibet alienare & diſtrahere, ut ſervi aut filii, qui ex permiſſu domini aut patris peculii adminiſtrationem habent, diſtrahere & alienare poſſunt res peculiares: aut falſam eſſe propoſitionis in ſuperiore ſyllogiſmo connexionem; eo quod plus in hoc caſu liceat ſervis & filiisfamil. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipſi quidem Interpretes admittunt, niſi in procuratore conſtituto cum libera: alterum ergo dicamus neceſſe eſt, argumentationem habentibus non procedere ad bonorum noſtrorum procuratores: Nec ratio diverſi jutis adeo obſcura eſt: idcirco enim ſervis & filiisfamil. peculii libera adminiſtratione conceſſa, rerum quoque peculiarium diſtrahendarum facultas conceſſa intelligitur, quia peculium eſt quaſi proprium quoddam patrimonium ipſius ſervi filiive familias a ſubſtantia & rationibus domini patriſve ſeparatum atque abſtractum *l.* 5. §. 3. *& §. 4. l. peculium* 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diverſum eſſe manifeſtum eſt. Adde quod una eademque ſervi & domini, una patris & filii perſona eſſe videtur, §. 4. *in fin. Inſt. de inutil. ſtipul. l. ultim. in fin. Cod. de impub. & al. ſubſt.* Plane non magis ſervi aut filiifamil. quantumvis liberam peculii adminiſtrationem habentes injuſſu patris aut domini donare poſſunt, quam rerum noſtrarum liberi adminiſtratores, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. obligat. l.* 7. *princ. ff. de donat.* cum ſimilib. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. 1. *per procuratorem* 20. *ff. de acquir. poſſ.* Donelli *lib.* 4. *comm. cap.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæſt.* 47. ſententia eſt.

CAPUT X.

An recte Interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium? & duplex hic intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium.

REſtitutio in integrum eſt cauſæ jure amiſſæ redintegratio, ita definitur ab Imperat. in *l.* 2. *C. in quib. cauſ. in integr. reſt. nec non eſt*; ajunt *cauſæ amiſſæ*, nam ubi cauſa amiſſa non eſt, reſtitutio non eſt opus, *l. in cauſa* 10. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. reſt. min.*

Ajunt, *redintegratio*, quoniam impetrata reſtitutione in integrum, omnia in priſtinum ſtatum reducuntur tam ex parte adverſarii, quam ex parte reſtituti. Omnis enim reſtitutio eſt reciproca, *leg. quod ſi minor* 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. *& l.* 2. *Cod. ſi adv. tranſa[c]t.* Paulus *lib.* 1. *ſent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipſa reſtitutio in integrum proprie actio non eſt, ſed res, quæ petitur & poſtulatur a magiſtratu.

Dicitur tamen actio figurate, ut ex contento continens intelligamus, ex reſtitutione poſtulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam ſtipulationes Prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur *l. actionis* 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto *ὡ ἐν προθύρῳ*. Occurrit autem in hoc argumento geminus. Interpretum error, tum quod reſtitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic interceſſiſſe judicium, reſcindens & reſciſſorium, imaginantur. Uterque error natus eſt ex veteris juris ignorantia. Prior ſtatim apparebit, atque cognoverimus quid ſit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus ſive judicium eſt, quod per actiones & interdicta, per Judices datos, ſine Prætoria cognitione civiliter exercetur, ut diſcere poſſumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. ſi ventr. nom. mul. in poſſ. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui poſſ. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. ſign.* &c. Suetonius in Claud. *c.* 15. *Alium*, inquit,

inquit, *interpellatum ab adverſariis de propria lite, negantemque cognitioni rem, ſed juris ordinarii eſſe, agere cauſam conſeſtim apud ſe coegit.* Extraordinarium eſt, quod præter conſuetum judiciorum morem & ordinem exercetur Prætore ipſo ex officio cognoſcente, non Judicem dante. Cujus generis ſunt, cognitio de honorariis profeſſorum liberalium artium, medicorum, advocatorum, &c. *tit. de extraord. cogn. l. 7. ff. l. 1. Cod. mandat.* Item de fideicommiſſis, *l.* 178. §. 2. *verb. ſign.* de tranſactione alimentorum, *l.* 8. §. 18. *de tranſact.* & ſi quæ ſunt cauſæ ſimiles. Hæ autem cauſæ cum eſſent extraordinariæ, & ab ipſo Prætore diſceptarentur, ſolebat Prætor in edicto pro illo uſitato & tralatitio verbo *Judicium dabo*, aliud uſurpare, videlicet *animadvertam l. 1. §. 1. ff. de minor. l. 15. ait Prætor 24. ff. de injur.* itaque nec harum cauſarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ, *l.* 24. §. *ult. ff. de minor.* Hotom. *lib. 7. obſerv. 4.* Duar. *in l. 7. §. 2. de paſt.* Briſſon. *l. 5. & 13. de verb. ſignif.* Nunc videamus an cauſas reſtitutionis in integrum Prætor ſuæ juriſdictioni & cognitioni extra ordinem reſervarit, an more judiciorum ordinario atque uſitato Judicem in his actionemque dederit. Non ipſum Prætorem hic judicaſſe, ſed judicium dediſſe arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus, *l. item ſi* 14. §. 1. *ff. quod met. cauſ. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 2. §. 1. in fin. ff. ex quib. cauſ. major.* ubi Prætor læſis reſtitutionem pollicetur data actione reſciſſoria. Hinc jam perſpicue apparet, judicia hæc non eſſe extraordinaria, ſed ordinaria: eoſque perſpicue errare, qui aut hæc ſola, aut, quod minus ferendum, cætera quoque beneficia Prætoria extraordinaria eſſe remedia exiſtimant, quos vel ſolæ refellunt bonorum poſſeſſiones: ut omittam actionei Prætorias, Publicianam, Paulianam, Servianam, de conſtituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effuſis, & innumeras alias. Excipitur ſola reſtitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læſis ſuccurritur, quam Prætor ſuæ juriſdictioni reſervavit: & ideo in hac cauſa non ait ſe actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & conſueto: ſed uti quæque res erit, animadverſurum, *l. 1. §. 1. de minorib.* Unde Paulus, in *leg. quod ſi minor* 24. §. *ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiſcitur, totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Cætera vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonſtravimus. Plane ſi quis reſtitutiones conſideret, quatenus in ſubſidium & fere non niſi aliis actionibus deficientibus concedantur, quin hoc ſenſu remedia extraordinaria recte dicantur nemo infitias ibit, *l. in cauſæ 16. pr. ff. de minorib.*

Alter error Interpretum eſt, quod duplex hic interveniſſe judicium imaginantur, reſcindens & reſciſſorium, duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, & ſententiam. Cui errori cauſam dedit edictum, *ex quibus cauſis maj.* textus *in l. qui proprio 46. §. item quæritur, ff. de procurat.* Reſtituuntur majores variis ex cauſis, & inter alias, ſi eorum ex neceſſaria aut juſta cauſa abſentium res uſucapta ſit, *l. 1. ff. ex quib. cauſ. major. §. rurſus 5. Inſtit. de act.* Hoc autem caſu ait Juſtinianus permitti domino reverſo reſciſſa uſucapione rem petere, cui ſimile, quod ait Paulus in *l. honorariis 35. de obl. & act.* ei, cujus abſentis res uſucapta eſt, reſciſſa uſucapione actionem dari, quæ ſcilicet eſt illa actio in rem Prætoria, quam noſtri paſſim reſciſſoriam vocant, *l. nec non 28. §. ult. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ult. Cod. eod. l. nullo, 24. Cod. de rei vind.* nonnunquam & reſtitutoriam, *l. 3. §. 1. ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio 46. §. 2. ff. de proc.* Cæterum loca iſta nequaquam ſic intelligenda ſunt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo Prætor reſcindat uſucapionem ac dum demum actionem det, qua petatur res reſtitui, ſed ideo dicitur reſciſſa uſucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipſa ſimul uſucapionem reſcindit, dum permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi a poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio interveniſſet, *l. 2. §. 2. l. ſed & ſi 26. §. ſi fervo, l. nec non, 28. §. pen. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ult. Cod. eod. l. nullo 24. Cod. de rei vind.* ex quibus locis perſpicue patet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, Prætoremque dici reſtituere, cum actionem reſciſſoriam petenti concedit, fac. *l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipſum & Ludovicus Gomezius odoratus eſt in *d. §. rurſus ex diverſo Inſt. de actione*, ſed explicare non potuit, aut ſolide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic anteceſſiſſe, quo quod geſtum eſt reſcinderetur: ſed reſciſſionem & reſtitutionem in ipſa datione actionis conſiſtere, Prætoremque dici reſtituere actionem reſciſſoriam dando argumento eſt, quod apud Juſtinianum legimus in §. 3. *Inſt. de action.* formula actionis reſciſſoriæ petitorem intendere poſſeſſorem uſu non cepiſſe, quod uſucepit, quæ utique formula non convenit actioni priſtinæ per reſciſſionem reſtitutæ: neque enim remota judicio reſcindenti uſucapione huic formulæ & intentioni locus eſſe poteſt. At enim, inquiunt, Impp. in *l. ult. Cod. quib. ex cauſ. major.* ajunt actionem reſciſſoriam: quam utilem ibi vocant dari reſtituris in integrum. Reſpondeo hoc ipſum confirmare, quod nos dicimus, nempe in conceſſione actionis reſciſſoriæ, ipſam reſtitutionem eſſe poſitam: atque Interpretes abuti rexibus juris, qui reſciſſa uſucapione utilem ajunt reddi actionem, quippe quo nihil aliud ſignificetur, quam quod cum Prætor cauſa cognita actionem concedit, periude habeatur inſpecto exitu, ac ſi uſucapio reſciſſa eſſet: eaque verba reſpicere effectum formulæ, qua poſſeſſorem non uſucepiſſe intenditur.

Sed quid reſpondemus ad *l. qui proprio 46. §. 2. ff. de procur.* ubi ſic Cajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, ſi judicium acceperit defenſor, & actor in integrum reſtitutus ſit, an cogendus ſit reſtitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur eſſe alienjus momenti: nam ex eo loco recte colligi videtur, eſſe aliquod judicium reſtituens ſive reſcindens, quod præcedat reſtitutorium ſive reſciſſorium. Sed non eſt tanti ponderis, ut plerique exiſtimant. Agitur illic de defenſore, qui eandem vicem ſubire cogitur, quam ipſe reus *l. minor, 11. §. 1. ff. de proc.* Ponamus itaque caſum, quo contra minorem rem aliquam petentem ſive actione in rem ſive in perſonam, pro defenſore alienæ litis ſententia lata eſt, & minorem beneficio ætatis in integrum reſtitutum, data actione reſtituteria. Hic defenſor cogendus eſt etiam judicium reſtitutorium ſive actionem reſciſſoriam accipere, quam etiam in ſe hoc ipſo quod alienæ litis defenſioni ſe obtulit, ſuſcepiſſe intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, reſtituens & reſtitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manaſſe ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit:

ubi

Digitized by Google

ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud Prætorem ſeu magiſtratum tractabantur, quædam apud Judices datos: cæterum revera unum tantum erat judicium, eoque unus tantum libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud Prætorem non inſtituebatur judicium, ſed conſtituebatur a Prætore data actione & Judice, qui de re cognoſceret. Unde nec illa quæ apud Prætorem fiebant in judicio, ſed in jure fieri paſſim dicuntur. Reſtringitur autem vulgo neceſſitas duplicis judicii reſcindentis & reſciſſorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter abſentiam læſis ſubvenitur. Mynſing. 2. *obſervat.* 25. Oldendorp. *claſſ.* 6. *act.* 8. nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus cauſa ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, ſimplicitas & unitas judicii minus evidens & conſpicua eſt.

CAPUT XI.

Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum reale, an perſonale; & an fidejuſſoribus quoque profit?

QUidam putant, reſtitutionem in integrum eſſe beneficium reale, moti hiſce fere rationibus. 1. Quia non tantum læſis ipſis, ſed etiam hæredibus eorum datur, *l. non ſolum*, 6. *de in int. reſtit. l.* 3. §. *Pomponius* 9. *l. minor*, 18. §. *ult. ff. de minor.* 2. Quia & ad ſucceſſorem ſingularem tranſire poteſt, videlicet ex facto & voluntate minoris, ſi minor alieui hoc auxilium ceſſerit, *l. quod ſi minor*, 24. *pr. ff. d. tit. l. alterius*, 20. 8. 1. *in fin. ff. de tut. & rat. diſtr.* nempe non creditur officium Judicis, ſed jus implorandi officium Judicis quod actionis inſtar habet, *l. actionis*, 37. *ff. de obligat. & act.* vid. Mynſing. 4. *obſ.* 18. & *ſeq.*

3rd magis eſt, ut hoc beneficium pro perſonali habendum ſit: neque enim rei aut cauſæ beneficium dici poteſt, quod variis ex cauſis perſonis læſis, lapſis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur an beneficium aliquod vel actio in rem ſit, id non tam ex eo, cui, quam adverſus quem detur, æſtimandum eſt, *l. actionem*, 25. *de oblig. & act.* Non obſtant loci in contrarium adducti. Nam ſi omnia, quæ hæredibus competunt, eſſent realia, nullæ fere eſſent actiones perſonales, quippe quæ omnes hæredibus quoque competunt, tametſi pœnales ſint ex maleficio, excepto una injuriarum, & ſi qua alia ſimilis inveniatur, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumentatio, cedi poteſt reſtitutionis auxilium, ergo eſſe beneficium reale: nam omnes actiones in perſonam cedi poſſunt. Fatemur privilegia perſonalia, ſeu quæ certis perſonis tribuuntur, non tranſire in hæredem, ſed cum perſonis, quibus tributa ſunt, finiri *l. privilegia* 196. *ff. de reg.* at reſtitutio in integrum non competit jure privilegii in ſpecie ſic dicti, aut tanquam jus aliquod ſingulare, ſed magis tanquam remedium juris communis, & quod inſtar eſt actionis ordinariæ, non enim ex mera tribuitur gratia, ſed ipſa quoque juſtitia & æquitate dictante, quam ob cauſam etiam favorabile cenſetur, Sforr. Odd. *p.* 1. *qu.* 1. *art.* 1. & *q.* 50. *art.* 1. *de reſt. in int.* licet ſuo ſenſu, quod detur contra jus civile *l.* 35. *in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium reſtitutionis in integrum non eſſe reale ex eo quoque liquet, quod non prodeſt conſorti: ut ecce, duo fratres conſortes, unus major 25. annis, alter minor, de hæreditate paterna cum tertio aliquo tranſegerunt: hic minori quidem fragilitate ætatis læſo ſuccurretur, & proderit minoti reſtitutio, cæterum pro parte dumtaxat ſua, quatenus ſcilicet ipſius intereſt: fratri autem majori non proderit, *l. un. Cod. ſi in comm. ead. in int. reſt. poſtul.* Quod ſi reſtitutio minoris, ut interdum fit, ſocio quoque profit, id propriam rationem habet: veluti ſi agatur de re natura ſua individua, puta ſervitute communi fundo debita: hic enim non niſi in ſolidum reſtitutionis locus eſſe poteſt, nec minor commodum reſtitutionis ſentire, niſi conſorti quoque ſuo profit, *l. ſi communem*, 10. *ff. quemad. ſervit. amitt.* aut ſi fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito & minore in integrum reſtituto, emptoris interſit contractum in totum reſcindi propter incommoda communionis, *l. tutor.* 47. §. *ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæſtione diſtinguendum videtur inter cauſas reſtitutionum: ſi quidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi cauſa facta, reſtitutoria ex edicto de capite minutis mere ſunt perſonales: actio quod metus cauſa origine ſua & ipſa perſonalis, ut tamen in rem ſcripta ſit: actio reſciſſoria ex capite de majoribus fere in rem eſt: reſtitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quanquam interdum & adverſus tertium poſſeſſorem actio porrigatur, quod ſpeciale eſt, *l. in cauſa*, 13. §. 1. *ff. de minor.*

Altera illa quæſtio, an beneficium reſtitutionis fidejuſſoribus quoque profit, in cauſa minorum præcipue agitur: nam exceptione doli mali & metus, etiam fidejuſſoribus competere certi atque explorati juris eſt, *l.* 7. §. 1. *ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium profit etiam minorum fidejuſſoribus. Non prodeſſe reſponſum eſt, *l. in cauſa* 3. *pr. ff. de minor. l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *l.* 2. *Cod. de fidejuſſ. min.* ex adverſo prodeſſe, *l. minor.* 51. *ff. de procur. l. ſi pupillus*, 89. *ff. de acquir. hær. l.* 2. §. 1. *ff. de adminiſtr. tut. l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc auxilium ff. de minor.* Hæc loca in ſpeciem contraria varie conciliantur, & quidem fere trifariam.

Pleriſque cum Accurſio in *d. l. minor.* placet hæc diſtinctio: aut creditor, qui cum minore contraxit, non poteſt aliter indemnis eſſe, niſi ſaltem adverſus fidejuſſorem ei actio detur; aut poteſt. Priore cauſa cenſent, reſtitutionem fidejuſſori non prodeſſe, ſed efficaciter poſſe cum eo agi: quia creditor ob hunc ipſum metum reſtitutionis & remedii prætorii fidejuſſorem a minore accipit *d. l.* 13. *pr. de minor.* nec tamen fidejuſſorem adverſus minorem habere regreſſum; quoniam & contra ipſum fidejuſſorem, ne mandati actione expediatur, reſtituitur, *d. l.* 23. *l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *Cod. de fidejuſſ. min.* Plane ſi dolo minoris deceptus fidejuſſor eum majorem putavit, mandati actio efficax eſt, quia in delictis minori non ſuccurritur, quæ ſententia eſt *d. l.* 1. *Cod. de fidejuſſ. minor.* Poſteriore caſu, ubi ſalva eſt creditorii judicii in alium translatio, etiam ſubveniri fidejuſſori, ut in ſpecie *d. l. minor.* 51. *de procur.* ubi creditori ſeu actori ſalva maner contra principalem reum actio. Item in caſu *l. ſi pupillus* 83. *ff. de acq. hær.* ubi creditoribus ſalva eſt actio contra hæredes legitimos, ſi qui alii ſint præter minorem reſtitutum, vel contra cohæredes adeuntes. Et ad hunc po-

posteriorem casum quoque pertinere l. 2. §. 1. *ff. de admin. tut. item l. 3. §. 4. vers. sed an hoc ff. de minor.* Diversi juris hanc esse rationem, quia sicut æquum est creditorem in damno non morari; ita eamdem æquitatem suadere, ut fidejussori succurratur, si creditori aliter consultum sit.

Alii pro regula ponunt fidejussores minorum beneficio restitutionis non juvari, quasi sua conventione hoc auxilium repudiasse videantur per *d. l. 23. pr. ff. de minor.* fac. *l. 3. §. 4. vers. sed an hoc eod.* ubi dicitur interdum & fidejussori hoc auxilium prodesse: unde recte colligas, regulam esse in contrarium. Excipiunt autem casum, quando fidejussor intercedit pro minore certæ personæ qualitatem induente, quam deinde exuat beneficio ætatis, veluti si fidejubeat pro minore tanquam defensore alienæ litis, & promittente judicatum solvi, ut in specie *d. l. minor, 51. ff. de proc. l. 2. §. 1. ff. de admon. tut.* aut tamquam hærede, ut in specie *d. l. si pupillus, 89. ff. de acq. hær.* Eum enim, qui pro his quatenus tales sunt intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur deposita hac qualitate. Donell. *comm. 21. cap. 14.*

Ant. Faber *lib. 8. conject. 3. & ad leg. 13. ff. de minor.* alia adhibita distinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum interesse, utrum fidejussor pro minore intervenerit etiam pro majore, quod in dubio sit præsumendum, etiamsi sciverit conditionem minoris: an quasi pro minore & contemplatione juris prætorii, id est, ob eam duntaxat causam, ut creditori cautum esset, qui alioqui propter incertam ætatis ac restitutionis cum minore non contraxisset. Priore casu prodesse fidejussori restitutionem a minore impetratam, perinde ac si a majore impetrata esset. Posteriore vero non prodesse. Atque hanc distinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuisse testatur idem Ant. Faber. *Cod. suo for. ti. de fidej. min. defin. l. & tit. qui & adv. quos in int. rest. defin. 2.*

Ex tribus autem hisce distinctionibus expeditissima & tutissima mihi videtur secunda: nam ratio primæ in casu, quo etiam fidejussori succurratur, non convenit speciei *l. si pupillus 89. ff. de acq. hær.* Quid enim si nemo adeat hæreditatem, ut quæ suspecta sit, nec omnino idonea? Quid enim si vetus aut alia actio propter inopiam aut absentiam debitoris inanis sit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejussorem minoris, quem scit minorem esse, in dubio non intelligi contemplatione juris Prætorii interceSSisse: Immo cum fidejussor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, propter metum restitutionis, *d. l. 13. pr. ff. de minor.* contrarium potius præsumendum: & sibi imputet fidejussor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejussori, qui minori hæres extitit, salvum manere restitutionis auxilium: *l. Stichum 95. §. 3. ff. de solut.* in eo fidejussoris eadem cum cæteris hæredibus conditio est, *l. 6. ff. de min. rest. l. 3. §. Pomponius 9. ff. ee minor.* Neque enim fidejussori qua fidejussori, sed qua hæredi salvum manet. Item quod placuit fidejussori qui pro minore dolo advesarii circumscripto intervenit, prodesse exceptionem doli mali, quæ minori ex hac causa competit, *d. 7. §. 1. ff. de except. l. 2. Cod. de fidejuss. min.* hoc ex eo est, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius est, quam in personam, *l. 2. §. 1. & §. 2. ff. de dol. max. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejussori, *d. leg. 7. §. 1. ff. de except. l. & hæredi 21. §. ult. ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex causa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc solo casu quod quidam putant, restitutio fidejussori prodest, ut jam demonstravimus. Unicum adhuc est, quod hic objici solet, nempe generalis illa regula, quæ definit omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam accessiones, *l. in omnibus 43. ff. de solut.* Sed huic objectioni sic respondendum, regulam illam toties procedere & veram esse, quoties principalis obligatio aut ipso jure tollitur, aut summovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis est exceptio pacti, rei judicatæ, jurisjurandi, Senatusconsulti Vellejani, &c. Secus autem est, quando manente obligatione tam naturali quam civili persona rei duntaxat subducitur, sicut fit, cum minor restitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis.*

CAPUT XII.

An dolus dans causam contractui bonæ fidei eum reddat ipso jure nullum?

QUæstio hæc agitata est inter Doctores Citramontanos, & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus causam præbuit, ipso jure nullum esse: hi negant. Illos sequuntur Cujac. Costal. Buf. *ad l. 7. ff. de dol. mal.* Don. MynS. Zas. *in §. actionum 28. instr. de act.* Hos Coras. *2. miscellan.* S. Robert. *lib. 3. animadv. 1. 2. & 4.* Nos hic Citramontanorum castra sequemur, in quæ & suprema Curia Hollandiæ concessit *decis. 5.* Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumscripto competere actionem de dolo: Nam aut causam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc supponimus, ipso jure nullus est; ut puta nulla est venditio, societas; si quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumscriptus est & dolo advertarii adductus, ut venderet, *d. l. 7. ff. de dol. mal.* aut societatem contraheret, *l. in causa 16. §. 1. ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractum bonæ fidei, puta circa rei valorem, aut traditionem, aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipso contractu descendentem *d. l. 7. §. 3. ff. de dol. l. Julianus 13. §. 4. & 5. ff. de act. empt. l. 2. Cod. eod.* aut si conveniatur, qui dolum passus est, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli insunt bonæ fidei judiciis, *l. sed & si 21. ff. solut. matrim. leg. hujusmodi 84. §. 5. ff. de legat. 1.* In stricti autem juris contractibus non idem doli effectus est. Hic enim sive causam contractui dolus dederit, non reddit eum ipso jure nullum; sive inciderit & in aliqua parte tantum accesserit, non purgatur actione ex contractu descendente, quæ stricti juris est: sed spectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus est, implevit contractum, necne: si nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere potest, *l. si quis 36. ff. de verb. oblig. l. 5. Cod. de inut. stipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit, *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, si cætera quoque remedia ei desint, dabitur ei actio de dolo,

Digitized by Google

dolo, tanquam ultimum subsidium, Zas. Duar. Cujac. Donel. *in d. l. 36. de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum sit quod cum Citramontanis asserimus, ubi dolus causam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipso jure nullum esse, cum secus se res habeat in strictis judiciis. Et verum esse satis perspicue demonstrat textus in *l. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi Jurisconsultus disertè ait, nullam esse venditionem *si* in hoc ipso circumscriptus fuerit minor, ut venderet; & notanda eo loco oppositio casuum. Nam dum ait nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet minor circumventus sit, casum hunc opponit casui antecedenti, quo dolo incidente, non causam dante contractus ipso jure valet. Non obstat, quod Jurisconsultus utroque casu actione de dolo in manumissum dat, si quidem Ulpianus, ut sententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumissum dari: qui a domino minore decepto venditus & ab emptore manumissus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum hic videatur superesse ex vendito, docere voluit sententiam istam Juliani duobus casibus procedere; 1. quando emptio venditio valet, sed emptor dolo caruit, ut non possit ob dolum a servo commissum actione ex vendito convenici. 2. Ubi emptor in dolo fuit, sed minor in hoc ipso fuit circumscriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni causam præbuit; quo casu cum venditio ipso jure nulla sit, sola superest actio de dolo.

Probatur hæc eadem sententia, nec minus evidenter, *L. in causa 16. §. 1. ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumscripto in societate ineunda, contractus dicitur esse nullus, & minori eodem casu negatur opus esse restitutione in integrum, quæ utique ei necessaria esset, si contractus subsisteret. Addunt alii & textum in *leg. 3. §. ult. ff. pro soc.* quo loco Paulus sic scribit: *Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci esse sententia, nimirum eam societatem ipso jure nullius esse momenti quæ animo & proposito contracta sit ut ejus occasione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. ff. mandat. l. nec prætermittendum 57. ff. pro soc. l. generaliter 26. & seqq. ff. de verb. oblig.*

Restat jam ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque sectatores adducti in contrariam sententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi sumus in distinctione contractuum bonæ fidei & stricti juris, bonam fidem non simpliciter opponi dolo, quippe quem ab omnibus contractibus, etiam a stipulatione & mutuo abesse oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.* sed quatenus tantum & secundum quid, nempe quatenus plenior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei desideratur, eorumque naturæ magis adversatur dolus malus, quod Impp. *l. 5. Cod. de rescind. vend.* significant, cum ajunt, dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio est, quia in his alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præstari oportet, etiamsi de eo nihil cautum sit §. *in bonæ 30. Inst. de action. l. 3. §. 3. ff. de oblig. & act.* & hinc est, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendum originem obligationis in contractu bonæ fidei, quam stricti juris dolus, inquam, contractui causam dans: nam incidens contractum nullum facere non potest.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joann. Faber, & recentiores nonnulli, sicut diximus, ab hac sententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis causam dederit, ipso jure consistere atque effectum habere, sed rescindendos esse actione ex contractu, aut de dolo, si alia non superfit. Afferunt huic sententiæ firmandæ innumeros locos, quorum præcipui *l. 11. §. si quis 5. l. Julianus 13. §. 4. & 5. item §. si cluentio 27. ff. de act. empt. l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. Cod. comm. utriusque jud. l. 5. Cod. de rescind. vend.* Verum non est adeo difficilis ad hæc loca responsio: quoniam in plerisque agitur de dolo incidenti, veluti in *dict. leg. 11. §. si quis originem ff. de act. empt.* Nam in casu illic proposito venditor emptorem de dolo malo non induxit ad emendum; sed cum emptor animum emendi haberet & errore lapsus putaret se virginem emere, venditor sciens emptorem errare, passus est eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit esse virginem, quo eum ad emendum induceret, qui error corrigitur data actione ex empto ad emptionem resolvendam. Sic quoque in *dict. leg. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur casus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus est, ut emeret vel vendret; sed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo quod in *§. si quis colludente, 27. dict. leg. 13.* Jurisconsultus proponit colludente procuratore, vendi jonem factam, non sequitur necessario dolum dedisse causam contractui, multoque minus ex *dict. leg. 12. §. 2. ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, sed in æstimatione & traditione servi. Nec denique ex *l. 3. Cod. comm. utriusque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui divisioni causam præbuit, sed admisso in ipsa divisione qui dolus est incidens, & sic quoque capiendæ *l. 7. §. 1. dep. l. 49. de obl. & act. l. 79. pro soc. l. 43. §. ult. l. 66. §. 1. l. 68. §. 1. de contr. emp. &c.* Sane in specie *d. leg. Cod. de rescind. vend.* dolum dedisse causam contractui, verba ipsa satis aperte ostendunt, & tamen etiam eo casu rescindi dicitur venditio. Sed bene respondet Cujacius, nihil aliud his verbis *venditionem rescindi*, eo loco significari, quam data & tradita revocari conditione sine causa. Nam proprie ipsa venditio, quæ nulla est, non potest dici rescindi: sed rescindi dicitur ab effectu, qui secutus sit, quoniam dominium per traditionem translatum erat, *l. 7. princ. ff. de minor. l. ult. 10. Codice de rescind. vend.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna sunt consideratione. Primum tale est: Ubi adsunt substantialia contractus, ibi non potest contractus ipso jure esse nullus: atqui licet dolus causam dederit contractui bonæ fidei, adest consensus, adsunt alia essentialia: ergo ipso jure non est nullus. Ad propositionem quod attinet (monendi sumus contractus non ex mero jure gentium hic considerari oportere, sed quatenus jure civili recepti & approbati. Assumptio falsa videri potest; propterea quod dolus excludat consensum, cæterum ita stabilitur. Si vis & metus non excludit consensum nec contractum vitiat, nec dolus excludet, &c. At verum antecedens: ergo & consequens. Ratio connexi est, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria esse voluntati, *l. nihil consensui 116. de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam

dolus ineſt *l.* 3. §. *doli mali* 8. *ff. vi bon. rapt.* Antecedens non obſcure negat Cujacius in *l. ſi quis* 36. *ff. de verb. obligat.* Et aperte Donellus in *leg.* 1. *Cod. de reſc. vend.* Veriſſimum tamen eſſe argumento ſunt verba ipſa edicti Prætoris: *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habeo*, neque enim reſtitutione opus eſſet, ſi contractus ipſo jure non valeret: & non niſi inſulſe atque inepte ad metum & vim quamdam incidente edictum hoc referre poſſis. Accedunt expreſſi textus in *leg.* 3. *l. 4. l. 5. Cod. de his quæ vi metuſve caſ.* ex quibus manifeſte patet vim, & metum non efficere, ut contractus, quamvis ſit bonæ fidei, & cui metus cauſam dederit, ſit ipſo jure nullus: ſed eo non obſtante actionem & exceptionem quod metus cauſa dari. Movere non debet, quod ſcriptum eſt in *leg. ſi mulier* 21. §. 3. *ff. quod met. c. Si dos metu promiſſa ſit nullam naſci obligationem, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe.* Hoc enim ſpeciale eſt in promiſſione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur reſtitutio, quoties autem contra actum, ſi valeret, non datur reſtitutio, toties actus metu geſtus ipſo jure non valet, fac. *l.* 9. *princ. leg. ſi privatus* 17. *ff. qui & a quib. man.* & quod notandum eſt, loquitur, *d. l.* 21, §. 3. de dote ſtipulanti promiſſa, vix autem quiſquam eſt, qui dubitet talem promiſſionem, licet metu extortam, alias ipſo jure ſubſiſtere. Magis obſtare videtur, *l.* 1. *Cod. de reſc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metum extortam irritam eſſe. Sed recte reſpondet Accurſius, *irritam* poſitum eſſe pro irrirandam, nempe per actionem quod metus cauſa, quia Prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus cauſa, *c.* 1. *ff. quod met. cauſ. l.* 3. & 2. *ſeqq. Cod. eod.* ut extu inſpecto actus hic ſit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio, *de act. diſp. 6. th.* 7. negamus rationem connexi, & dicimus a meru dolum non recte inferri. Quod ſi quis hic urgeat reſponſum Ulpiani in *d. l.* 2. §. *doli mali* 8. *ff. vi bon. rapt.* ubi ait, cum, qui vim facit, etiam dolo malo facere, & in vi dolum ineſſe. Reſponſio in promptu eſt, doli appellationem & generalem eſſe, omnemque ſignificare improbitatem, malitiam ac propoſitum delinquendi, quo ſignificatu etiam vis dolus eſt, *l.* 7. *ff. ad l. Cor. de ſicar.* & ſpecialem, qua injuriæ illa ſpecies intelligitur, quæ fit occulte & per ſimulationem, diſtinguiturque a vi quæ aperta eſt, nec ſemper cum ea concurrit: quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim Leoni eſſe. Atque in priore ſignificatu dicimus JCtum doli verbum accipere in *d. l.* 2. §. 8. *vi bon. rapt.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propoſitum habere, qui dolus apertus eſt, id eſt, manifeſta malitia & improbitas reipſa & de facto declarata. At nos hic diſputamus de dolo in ſpecie dicto, quo intelligitur, qui eſt in verbis & occulte fit per ſimulationem: Sed parum proficimus, niſi ratio aliqua afferatur cur eum, qui metu coactus, verbi cauſa, emit aut vendidit, placeat ipſo jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus conſenſui, ſine quo nullus contractus ſubſiſtit, contrarius ſit, quam dolus, *l. nihil conſenſui ſui*, 116. *ff. de reg. jur.* putamus autem hanc eſſe rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas eſt, quam in altero: utique enim & coacta voluntas vere voluntas eſt, *d. l.* 21. §. *pen. quod met. cauſ.* ſicut qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult ſe liberari periculo voluntate enixa, ac ſeria, *Ariſt. 3. Eth.* 1. Sane quidem vis eſt contraria voluntati, ſed quatenus cauſam extrinſecus impellentem ſpectamus, non quatenus reſpicimus cauſam proximam, & ipſum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic conſiderandæ voluntates; una prior, altera vi poſterior, quarum priori vis eſt contraria; poſteriori vero tantum abeſt ut vis contraria ſit; ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea conſiſtere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut ſit aliqua voluntas, non tamen tam enixa eſt & certa, quia decipitur. Non poſſumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli conſenſum quod temere Bronchorſtius *cent.* 1. *aſſert.* 57. & alii nonnulli aſſerunt: nam hoc admiſſo ne contractus quidem ſtricti juris dolo cauſam conventioni præbente ipſo jure ſubſiſterent: cum nulli contractus, ac ne ſtipulatio quidem ſine conſenſu ullius momenti ſit, *leg.* 1. §. 3. *ff. de pact.* Sed hoc dicimus, etiamſi ſimpliciter & abſolute non deficiat conſenſus, tamen cum hic debilior ſit, quam in caſu objecto, & hæc ſit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præſtentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hiſce judiciis exuberantiſſime requiruntur, maxime repugnet dolus malus, *leg. 5. Cod. de reſc. vend.* ubi principium eſt vitioſum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non poſſe: ut ſtipulationem ſuſtineat verborum ſolemnitas, mutuum intervenerus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem eſt, quod Baldus in *leg. ſub prætextu*, 19. *Cod. de tranſact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem ſubſtantialem (rectius diciſſet naturalem) quæ ineſt a propria & ſpeciali natura contractus: ſed in ſtrictis judiciis eſſe contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale eſt: Qua ex cauſa tranſit dominium, ea non poteſt cenſeri ipſo jure nulla. At ex contractu bonæ fidei, pura venditione, cui dolus cauſam dedit, tranſit dominium: ergo. Major eſt in *leg. nunquam*, 31. *ff. de aeq. rer. dom.* Aſſumptio probatur ex eo, quod nuſquam legimus hoc caſu dari vindicationem: quæ utique competeret, ſi dominium translatum non eſſet. Quinimmo ex *leg.* 7. *princ. ff. de dol.* perſpicue probatur dominium in caſu, de quo agimus transferri: alioqui enim manumiſſio non procederet, *leg.* 3. *Cod. ſi adverſ. libert. fac. l.* 10. *Cod. de reſc. vend.* & miror Bronchorſtium id negare *arg. l.* 1, §. 4. *ff. de acquir. poſſ.* ad quam vel puer reſponderit. Hinc porro ſic colligunt: Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *leg.* 4. *ff. de contr. empt.* Acqui ubi dolus cauſam dedit, &c. Reſpondet Baldus in *leg.* 59. *C. de tranſact.* ad hunc modum, concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio eſt impediendi: ſed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium, ibi impeditur obligatio, ſed non dominium, ut in ſæpius allegata *leg.* 7. *pr. ff. de dol.* Ratio quia non procedunt ab eadem cauſa: nam obligatio non poteſt eſſe ſine vero & efficaci contractu, ſed dominium poteſt transferri ex cauſa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus; cujus nimirum hæc ſententia eſt, traditionem ipſam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui ſaltem putat ſubeſſe cauſam habilem & idoneam: licet nulla ſubſit, ſufficere ad translationem dominii: idque verum

rum esse judicio est indebitum per errorem solutum: Illud enim indebitum est, quod nulla ex causa vere debetur: & tamen si quis errore ductus putans se debere, ex aliqua causa solverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem soluti tantum conditionem indebiti habet, non vindicationem *tit. ff. & C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum sit, tamen dos data non vindicatur, sed per conditionem repetitur, *leg. pen. C. interd. matrim. int. pupil.* Itaque recte Donellus in *d. leg. 5. C. de rescind. vend. num.* quod Paulus in *l. nunquam*, 31. *ff. de acq. rer. dom.* scribit; nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita si justa aliqua causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, ita accipiendum docet, sive revera justa causa præcesserit, sive opinione tradentis.

CAPUT XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, si captus sit, concedenda in integrum restitutio?

NOn una causa est, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum restitutio. Quid enim si judicio recte defensus, & causa cognita sententia judicis condemnatus sit, an non obstabit restitutioni auctoritas judicis & rei judicatæ? Placuit non obstare, ac nihilominus beneficio ætatis minores consequi posse, quod jure communi appellatio interposita præstat majoribus, *leg. præses provinciæ*, 42. *ff. de minor. & 1. C. si adv. rem judic.* Quid si decreto magistratus res minoris vendita sit? hic multo minus: siquidem magistratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto suo non comprobat, *leg. 2. Cod. de fide juss. minor. l. si quidem*, 11. *C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas usque eo valet, ut id beneficium curæ suæ commissis adimant, quod remota hac auctoritate & sine curatoribus constituris habituri fuissent, *leg. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. si tut. vel curat. interv.* Sed finge minorem esse hominem frugi & industrium, magistratum aliosve honores gerere, parentem esse multorum liberorum remque familiarem bene ac prudenter administrare: hæc utique signa sunt non fragilis & infirmi, sed prudentis & maturi consilii. Quid ergo? An non merito hujusmodi adolescentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus si capti probentur restituendos per *l. 1. in fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 4. C. qui & adv. quos*. Etenim quantacumque huic ætati prudentia tribuatur, semper tamen ei adjuncta est levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum *ἄπειρία*, Sfort. Odd. *p. 1. q. 32. art. 3. & 13.* Sichard. *in l. 2. C. de in int. rest. minor. num. 2.*

Quid si doctor juris sit, adeoque non levi jurisscientia imbutus? Huic communiter Doctores restitutionem in integrum denegandam esse censent, etiamsi in negotio gerendo se ipsum esse doceat, teste Oddo *dict. loc. art. 7.* Rationem hujus suæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia restitutionem ob defectum ætatis desiderare potest, cujus ætatem supplet juris scientia, nec quisquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debeat, imperitiam suam alii periculosam fore, *l. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe sit, ut Q. Mucius dicebat causas in foro oranti jus ignorare, *l. 2. §. Serv. 43. ff. de orig. jur.* & quod ad Jurisconsultos olim, teste Ciceron. *l. 3. de Orat.* non solum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque Duar. *in l. 1. C. qui & adv. quos.* Gomez 2. *resol. 14. n. 14. n. 5.* Bronchorst. 1. *miscell. 28.* Cæterum hæ rationes tanti apud me non sunt, ut huic sententiæ subscribere possim. Nihil enim commune habet professio juris & arrium cum bonorum administratione & in rebus agendis prudentia comparatur. Bene Cicero *in fin. 2. de offic. De quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia, etiam de utenda, commodius a quibusdam optimis viris ad medium annum sedentibus, quam ab ullis philosophis ulla in schola disputatur.* Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliisve hujusmodi negotiis olim consuli solitos fuisse adolescentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clarissimi viri, magnoque rerum usu præditi, & fere honoribus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus respondebant, ut ex eodem Cicerone, *lib. 2. de Orat.* discimus. Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus est, si causa cognita captus esse deprehendatur, a solito auxilio removendum, *arg. l. 1. Cod. qui & ad. quos & arg. leg. 1. in fin. ff. de minor.* quo loco Jurisconsultus scribit, non debere adolescentibus ante perfectam ætatem rerum suarum administrationem committi, quamvis bene rem suam gerentibus. Quantacumque enim, ut dixi, adolescentiæ tribuatur peritia, semper tamen obnoxia est captionibus, adjunctaque est huic ætati consilii quædam infirmitas & inconstantia. Odd. *d. art. 7.* Sarmient. 3. *Select. interp. 12.* Fachin. 3. *contr. 5.* Arbitror tamen hoc restringendum esse ad captionem & læsionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adolescens profitetur, nihil attinent, puta si læsus sit ignorantia facti, quæ excusationem mereatur, & maxime in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia, &c. Nam juris ignorantiam allegare causas in foro oranti nimis turpe est, *d. l. 2. §. Servius de orig. jur.* veluti si errore juris exceptionem vel allegationem omisit, quia putabat eam ad merita causæ non pertinere. Cum enim se juris peritum profiteatur, huic desiderium ejus restitutionem propter errorem petentis pugnaret e diametro cum ejus professione: Est autem iniquum & incivile aliquid postulare quod discrepat & alienum est a professione nostra *l. professio, 6. C. de mun. patrim. lib. 10. leg. in honoribus*, 8. §. *philosophis*, 4. *ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuscumque artis, quam minor profiteretur, restitutionem impedire circa negotia ejusdem artis & professionis statuunt, Maurit. *de restit. in int. c. 223.* Odd. *d. art. 7. n. 32. & seqq.*

CAPUT XIV.

An si institutus beneficio ætatis contra actionem hæreditatis restitutus sit, convalescat substitutio?

VUlgaris substitutio facta extraneo sive puberi, sive impuberi post aditam hæreditatem expirat *l. 5. C. de impub. & al. substit.* Sed quid si institutus hæres, postquam adiit hæreditatem beneficio ætatis contra aditionem in integrum restitutus sit, an hic convalescit substitutio; ut jam ex ea admittatur substitutus? Communis Interpretum sententia est, substitutum admitti, dictam *l. 5. C. de impub. & al. substit.* sic interpretantium, si aditio duraverit, restitutione autem impetrata omnia in pristinum statum reponi, Gloss. Cyn. Salic. Don. & alii *in dict. l. 5.* Zas. *tract. de substit. c. 1. vers. 2. limitate.* Merend. *lib. 4. contr. c. 9.* Nec hanc sententiam putant desitui auctoritate, proferuntque ad eam stabiliendam *l. 2. ff. de vulg. & pup. substit. l. Julianus, 42. princ. l. si minor, 61. ff. de acquir. hæred. l. ex contractu, 44. ff. de re jud. l. 7. §. sed & 5. & §. sed quod Papinianus, 10. ff. de minor. l. 1. §. antepen. 2. 2. §. si bonorum, 10. ff. ad SC. Tertull.* quibus tamen locis an hæc sententia satis probetur, magna ratio est, cur dubitem: sed de eo mox videbimus. Duo sunt loci, qui in contrariam sententiam me trahunt, quod scilicet hærede instituto post aditam hæreditatem beneficio Prætoris se abstinente, substitutus non sit admittendus, *l. ult. ff. de succeff. edi 2.* & *dict. l. 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minor.* quæ ab aliis pro contrariæ sententiæ firmamento affertur. In *d. leg. ult. ff. de succeff. edict.* expresse negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti successorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum possessionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abstinendi postea consecutus sit, in *dict. l. 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minor.* uniùs tantum casus a sententia Papiniani dicemus, si minor, cui servus proprius substitutus est post aditionem abstinendi causa restitutus sit, substitutum nec hæredem nec liberum fieri, excipitur, si hæreditas solvendo non est, idque non recto jure; sed ex æquitate rescripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant. Jam vero nihil est vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. Neque alia ratione utitur Jurisconsultus quam quod substitutione semel per aditionem extincta substitutus amplius admitti non possit. Atque idem omnino dicendum est de pubere suo hærede instituto, qui accepto substituto ætatis beneficio post immistionem abstentus est. Ratio non est obscura, quia non solum deficit conditio substitutionis instituto hæreditatem adeunte, sed etiam bona testatoris esse desinunt & fiunt hæredis, cujus restitutio alii prodesse non debet.

Examinemus jam & excutiamus singulos locos in contrarium prolatos. Primus est *leg. 2. §. .ff. de vulg. & pup.* Sed ille locus huc non pertinet: cum hic tractemus de substitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de substitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quæstio illic decidatur, nempe si minor 25. annis hæres institutus post abstentionem adeundæ hæreditatis gratia restitutus fuerit, confirmari tabulas primas & Prætorem utiles actiones ex secundis substituto pupillari decernere, in quo utilitati consulit non tam substituti, quam pupillorum, *leg. Juliano*, 42. *pr. ff. de acq. hær.* qui quidem locus & ipse pro contrariæ sententiæ assertione affertur, sed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & illo loco agatur de substitutione pupillari & admittendo substituto, etiam eo casu, quo pupillus hæreditate paterna se abstinuit, & intra pubertatem mortuus est: unde hoc tantum probatur, quod vulgo dicitur, nuda sui hæredis licet se abstinentis existentia confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur substitutus. Speciem aliquam habet *leg. ex contractu, 44. ff. de re jud.* Sed neque in *d. l. 44.* agitur de vulgari substitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam suo sed impuberi suo hæredi, quam substitutionem non extinguit immistio, si modo postea se pupillus abstineat. Ratio est quia communi jure & sine restitutione in integrum se abstinet pupillus suus, qui se miscuit, *leg. in necessariis, 57. ff. de acquir. hæred.* Extraneus autem aut pubes qui adiit aut se immiscuit contra aditionem aut immistionem, non restituitur nisi speciali decreto Prætoris causa cognita, *dict. l. 57. in fin. pr.* quod beneficium non temere extra personam restituti in alterius favorem extendi debet, *leg. 3. §. sed verum, 4. ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter potest *in d. l. 44.* pupillum se non immiscuisse, sed nihil interest. Ex *leg. minor, 61. ff. de acq. hær.* sic argumentantur: si minoris adeuntis & postea restituti cohæres ad portionem minoris volens admittitur jure accrescendi: multo magis volens substitutus admittendus est; quia substitutio potentior est jure accrescendi, *leg. 2. §. duo, 8. ff. de bon. poss. sec. tab.* At minoris adeuntis & postea restituti portio volenti cohæredi accrescit *dict. l. 61.* Respondeo, alia in proposito est ratio substituti, alia cohæredis: cui scilicet vel propter partem suam, quam acquisivit, concedendum fuit totum agnoscere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoscat, cogi non potest, a toto recedere.

Citatur pro contraria sententia & *leg. 1. antepen. ff. ad SC. Tertullian.* item *leg. 2. si bonorum, 10. ff. eod.* quarum in priore si filius hæreditatem matris adierit ex Orficiano, & per in integrum restitutionem abstentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipsius senatusconsulti, quæ extensiva sunt, & limitant jus adeundi hæreditatem maternam, ut non obstet agnatis, nisi filius eum effectu hæres sit, *dict. leg. 1. §. antep. leg. 6. §. 1. eod.* Eodemque modo respondendum ad alteram, nempe *leg. 2. §. 10. eod.* Ubi si filius adierit ex jure antiquo, & restitutus sit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis scilicet senatusconsulti, quæ & ipsa extensiva fuisse credibile est. Ad *leg. 7. §. sed quod Papinianus, 10. ff. de minor.* jam ante respondimus, eam aperte confirmare nostram sententiam, cum unus duntaxat casus ibi excipiatur in servo necessario minori substituto, si hæreditas solvendo non sit. Atque hujus sententiæ auctores habeo Cujacium & Busem. *in dict. §. sed quod Papinianus*, Duar. *in comm. ad tit. de vulg. & pup. substit.* Govean. *2. var. lect. 13. cap. 10.* Perez. *ad tit. C. de impub. & al. sub num. 7.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 7.* Ubi & bene respondet objectioni desumptæ ex vulgata illa regula, restitutione concessa omnia in pristinum statum reponi: nempe hanc regulam eo dumtaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor restituitur, propterea quod in negotio gerendo læsus sit, in pristinum statum respondendum esse: hoc autem nostro

casu

casu restitutionem magis rem fieri videri; neque minorem restitui adversus substitutum; immo nec proprie & vere loquendo substitutum posse dici a minore læsum.

Excluso autem substituto quæritur, utrum hæreditas, ad legitimum successorem pertineat, an fisco vindicetur, illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Busio, quorum sententia videtur verior: quoniam excluso substituto, multo magis excluſi intelliguntur venientes ab intestato; cum utique causa testamenti potior sit successione ab intestato. Deinde quia bona ista per additionem hæredis, testatoris bona esse desierunt, ut ad ea legitimi ejus hæredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona ista quasi vacantia fisco deferri: & hoc satis abundeque probat *lex ult. ff. de success. edict.*

CAPUT XV.

An auth. Sacramentum puberum. C. si adv. ven. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure?*

EXtat constitutio Friderici Imperatoris *leg. 2. Feudor. tit. 53. §. 3.* quæ inde translata in Codicem Justinianæum sub *tit. adverſ. vend.* in hæc verba: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel justum metum extorta etiam a majoribus (maxime ne querimoniam maleficiorum commisserum faciant) nullius esse momenti jubemus.* Quæsitum autem est, an hæc Friderici constitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipso jure, & adversus quos puberibus extra causam jurisjurandi necessaria restituatur? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam Jurisprudentiæ scholam conturbavit. Ego Martini sententiam veriorem esse puto: & nullus dubito, quin Fridericus secutus auctoritatem Juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris & Canonico consentaneum statuere voluerit, utcumque *lib. 1. Cod. eod. tit.* cui *dict. auth.* subjecta est, ad contractus jure validos tantum pertineat. Etenim illi demum actus Jure Canonico simpliciter prohibiti & invalidi sunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius peccatum, quod juraveris, servare. Et cum igitur jure civili minores restitui possent, etiam adversus ea, quæ rite gesta per tutores & curatores, *tit. Cod. si tut. vel curat. int.* immo licet ex Decreto Judicis gesta essent, puta prædium minoris ex Decreto venditum, *leg. si quidem, 11. Cod. de præd. minor.* Imperator Alexander in *leg. 1. Cod. si adv. vend.* excepit, nisi isti contractus juramento sint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fridericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, sed ii tantum qui invalidi sunt, propter solam ætatem, qui si a majoribus gesti essent, jure rati forent, & efficaces, veluti si minor sine curatoris consensu contrahendo se aut res suas obligavit, aut alienavit, aut res soli sine decreto istraxit. Sed & lex civilis conventionem, quæ ratione objecti est *adiaphoræ*, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis est donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos solidos, renunciatio futuræ successionis, transactio facta de rebus testamento relictis, non inspectis, testamenti tabulis, &c. ad talem quoque conventionem *de auth.* pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam inviolabiliter servandam, perinde ac Jure Canonico obtinet in majoribus, siquidem eo jure & defectum ætatis juramentum supplet, & sponte præstitum omne sine exceptione servandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet, *C. quamvis de pact. in 6.* At si actus aliquis aut contractus a majore celebratur ideo non valet quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis est renuntiatio Senatusconsulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis aut rei, cujus ususfructus penes patrem est, talem contractum a jurejurando robur accipere, nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interpositio, ac multo minus, si conventio ideo improbetur, quia natura turpis est; & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jujurandum non debet esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *C. 1. extr. de jurejur. Cod. inter cætera, 22. quæst. 1. C. non obligatorium de reg. juris in 6.* atque in eo jus Canonicum & civile inter se conveniunt, *leg. 7. §. & generaliter, 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *dict. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua causa, putamus tamen ea quoque pertinere ad negotia, quæ jure speciali certis tantum personis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet secus sit jure civili, *leg. 5. Cod. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *dict. auth. super contractibus suarum rerum non retractandis* Sed non oportet verba captare præsertim in constitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto processerunt, licet de jure effectum non sint sortita, *leg. 5. Cod. de rescind. vend. leg. 1. Cod. qui man. non poss. junct. princ. Instit. qui & ex quibus caus. man.* Illud futile est, quod quidam objiciunt, Ecclesiam eodem jure quo minores censeri, quæ tamen adversus contractus juratos Prælati vel Episcopi restituatur, *C. 1. de test. in integr. in 6. Cod. præsertim de testib. in 6.* quasi vero unquam quisquam negasset minori concedendam esse restitutionem adversus contractum juratum curatoris sui? Objicitur denique quod minor sine curatore suo non potest aut creditori suo jusjurandum deferre, ut se obliget, aut debitori, ut eum liberet, *l. nam posteaquam, 9. §. si minor, 4. leg. jurisjurandum, 17. §. 1. ff. a min.* unde dicendum videtur nec permittendum ei esse, ut sine curatore ipse per jusjurandi obliget, & conditionem suam faciat deteriorem. Respondeo, cum leges jusjurandum a minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conservent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant; quam non fovent, ubi non ipse minor, sed creditor ejus aut debitor jurant. At si juramentum ab ipso minore præstitum violari paterentur, a damno quidem eum liberarent, sed impietatem ejus foverent. Præstat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* disputari possunt, ea tamen plerisque nimi rigida & infirmæ ac captionibus expositæ ætati pernitiosa visa est: dicturque Henricus VII. filius Frideri-

ci cui Papa Honorius III. hanc *auth.* exrorſit, eam aboliturus fuiſſe, niſi morte fuiſſet prævenrus. Utut ſit, vix ullibi locorum concepta eſt, videſis Baſium *ad diſt. l.* 13. *ff. de minor.* Gudelin. *lib.* 3. *de jur. noviſſ.* 14. Chriſt. *vol.* 4. *dec.* 225. *& vol.* 5. *deciſ.* 225. Groenev. *de legib. abrog. ad hoc auth. & ibi alleg.* Ant. Fab. *Cod. ſuo for. tit. de in integr. reſt. min. & tit. ſi adv. vend.*

CAPUT XVI.

Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem Judicum habentium?

JUdicium dividi ſolet in neceſſarium & voluntarium: cæterum hæc diſtributio non eſt generis univoci, ſed æquivoci. Nam arbiter proprie Judex non eſt: cum privatorum conſenſus Judicem non faciat, *leg.* 3. *Cod. de jurisd.* ſed partes Judicis ſuſcipere dicitur, *l. Pomponius*, 13. §. 2. *ff. de recept. arbitr. l. rem novam.* 14. §. *de judic.* & arbitraria ad ſimilitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, *diſt. l.* 14. *l.* 1. *ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium proprie dictum, quod omne neceſſarium eſt & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi ſunt, eſt & voluntaria quædam contendendi ratio extra juriſdictionis neceſſitatem poſita apud eos, ad quos ex conſenſu & compromiſſo itur, qui Judices compromiſſarii & plerumque arbitri nominantur: quæ & ipſa ad ſopiendas lites pertinet, *diſt. l.* 1. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromiſſum appellatur: quia litigatores compromittere, id eſt, ſimul & invicem pœnam promittere ſolent, ſi quis eorum ſententiæ arbitri non ſteterit *leg.* 3. §. 2. *l. litigatores*, 11. *l.* 1. §. 1. *& ſeq. ff. eod. tit. l.* 1. C. *eod.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes noſtri fere faciunt, quorum unum ſit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. leg. ſocietatem*, 76. *ff. pro ſoc.* quorum illi tanquam judices ſervato judiciorum ordine procedant, hi ſine ſolemnibus litem amice ex bono æquo componant, vide Gail. 1. *obſerv.* 150. Sed ego exiſtimo totum hoc eſſe commentitium & a ratione juris civilis plane alienum quod & jam olim ſuſpicatus eſt Jacobus teſte Barr. in *diſt. leg. ſocietatem*, *ff. pro ſoc.* & ex recentioribus aperte docuit Coraſius *lib.* 4. *miſcell. cap.* 18. ac noviſſime ſolide demonſtravit Bachovius: *ad tit. ff. de recept. arbitr. cap.* 1. *num.* 2. Etenim nuſquam legimus arbitratorem adhiberi, ut Judicem, ad controverſiam aliquam ſine forma judicii ſua ſententia dirimendam, ſed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit: veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ perſonæ arbitrio definienda permittatur, *leg. ſi certa ſit*, 75. *cum ſeqq. ff. pro ſoc. leg. ult. Cod. de contr. empt. leg. ſi merces*, 25. *princ. ff. locat.* aut ſi modus teſtituendi, *leg. ſi quis*, 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquatum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *leg.* 1. §. 1. *de legat.* 2. *leg.* 6. *ff. de cond. & demonſt. leg. ultim.* §. 1. *Cod. comm. de legat.* Nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua arbitratoris interventu deciſa dicatur. Et ideo dubitandum non eſt, quin etiam die feſto arbitrator quod ſibi videtur, ſtatuere poſſit, *argum. leg.* 8. *Cod. de feriis*, quamvis arbiter tali die non magis quam judex, poſſit ſententiam ferre, *leg.* 3. *l.* 7. *Cod. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid ſtatuit, quod manifeſte iniquum eſt, ad arbitrium boni viri, id eſt, judicis, res redigi, conſtituroque judiclo pronuntiatum corrigi poteſt, nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, *diſt. leg. ſocietatem*, *& leg. unde ſi Nervæ*, 79. *ff. pro ſoc.* adeoque etiam in contractibus ſtricti juris, *diſt. leg. ſi libertus*, 3. *ff. de oper. libert. leg.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Donell. *ad diſt. leg. ſi quis*, 43. *ff. de verb. oblig. num.* 16. Bachov. *diſt. loc.* ut fruſtra diſputent Doctores in *diſt. leg. ſocietatem*, quis judex hic pro reductione adeundus ſit. Nihil itaque commune habent arbitratores iſti cum arbitris compromiſſariis: nam neque arbitrium dicere, ſi nolint, coguntur; & tunc velut conditio contractus deficit, id eſt, non recurritur ad arbitrium alterius, quaſi arbitrium boni viri electum eſſet, ſed nihil actum eſſe intelligitur. *diſt. leg. ſi certa*, 75. *ff. pro ſoc. diſt. leg. ultim. Cod. de cont. empt. diſt. leg. ſi quis*, 43. *ff. de verb. oblig.* contra quam in teſtamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *leg.* 12. *ff. de reg. jur.* contrarium obſervetur, & ſive is in cujus arbitrium legarum collarum eſt, arbitretur, ſive arbitrari nolit aut non poſſit, ſemper legatum utile ſit, quaſi collatum in boni viri arbitrium, *leg.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 2. *leg.* 3. §. 1. *comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi uſquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum Prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque eſſe Interpretum diſputationem quærentium quamdiu & uſque ad quod tempus reductio ab arbitramento ad arbitrarios peti poſſit, licet Bartolus in *diſt. l. ſocietatem*, *num.* 22. dicat quæſtionem hanc requirere deciſionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem a prave & manifeſte iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri ſit perſonale, & petatur per actionem ordinariam, conſequens eſt illud jus non niſi triginta annorum ſpatio præſcribi, *per l.* 3. *Cod. de præſcr.* 30. *annor.* A ſententia autem arbitri compromiſſarii, quam barbaro vocabulo *laudum* appellant, reductio petenda eſt intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam ſpecies eſt *leg. penult. verſ. ſin autem poſt ſententiam*, §. *de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæſtio apud Gail. *lib.* 1. *obſerv. c.* 150.

CAPUT XVII.

An litis conteſtatio aliter, quam negative ex parte rei fieri poſſit?

ANtiquitus certæ actionum defenſionumque formulæ a Juriſconſultis erant compoſitæ. 2. §. *deinde*, 6. *ff. de orig. jur.* quas neceſſe erat in jure apud Prætorem præeuntibus Jureconſultis a litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel ſyllaba decerraſſet, cauſa cadebat, de quo adi Petr. Fab. *ſemeſtr.* 21. Rævard. *cap.* 2. *de anſt. prudent.* Negotio autem ſolemniter expoſito, in id, quod intendebatur reſpondebaturque, teſtes ultro citroque adhibebantur, unde litis conteſtationis nomen, auctore Feſto in voce *conteſtari* add. Cujac. *lib.* 9. *obſerv.*

observ. 6. Petr. Fab. 2. *semestr.* 24. Rævard. *lib. sing. pro tribunal. cap.* 11. A magistratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium concipere: & litigatoribus postulantibus daret, id est, agendi potestatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, siquidem ipse Prætorem suæ cognitioni reservabat. *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium est, quo Titius condemnetur.* Quod si aliud judicium Prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis *judicium est*, dicebat verbi causa, *Aquilius judex esto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore quo lis contestabatur, unde factum, ut in usu juris idem exprimant post litem contestatam & post judicium acceptum; nec ante contestatio pro justa habebatur, quam judicio esset inclusa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat, ut ad judicem datum venirent, & ad eos, qui prope tribunal assidebant, hæc verba pronuntiabant, *Testes estote, &c.* iisque verbis dicebantur actor & reus litem contestari. Apud Prætorem igitur contestatio fiebat: judicis autem officium lite demum contestata incipiebat, *leg. si reus*, 73. *ff. de proc.* de quo fusius Rævardus ubi supra. Hæc monuisse vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata est, intelligatur. Nam ut Prætor judicium dabat, reddebat, constituebat, ita litigatores judicium accipere, subire, suscipere dicebantur, cum potestatem causæ agendæ a Prætore impetrassent, *l.* 9. §. 3. *l.* 3. *l. sed & si*, 52. *ff. de judic.* Atque ex eo est, quod judicio dicitur contrahi, *l.* 3. §. *idem scribit*, 11. *ff. de petul.* Cæterum hæ formularum angustiæ una cum actionum impetrationibus pridem sublatæ sunt *tit. C. de form. & impetr. act. sublat.* Testationis quoque solemnitatem etiam multo ante sublatam fuisse arguit *l. un. C. de lit. contest.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat; dummodo verbis utatur aptis & rei propositæ convenientibus, solaque maneat nunc litis contestatio, quæ cedat pro judicio dato & constituto, cum judex per narrationem negotii causa audita decernit, ut in eam rem probationes efferantur, *dist. l. unic.* quæ cum sit Severi & Antonini, apparet jam tunc veterem contestationem ut in usu non fuisse.

Cum autem ad litis contestationem hæc requirantur, propositio actoris, & ad eam propositionem responsio sive contradictio rei *l.* 2. *prine. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam*, 24. §. 1. C. *de judic.* recte mihi sentire videntur, qui asserunt litis contestationem a parte rei non aliter, quam negative fieri posse. Nam cum intentio actoris semper sit affirmativa, necessario sequitur litis contestationem, quæ in contradictione posita est, non nisi in negatione a parte rei consistere posse. Ac proinde verissimum est, quod Vigel. *c.* 1. *de lit. contest.* Obstet *c.* 2. *n.* 16. docent, per simplicem confessionem rei nunquam induci posse litis contestationem, quoniam ubi lis non est, nec fingi potest litis contestatio: lis autem esse non potest, nisi unus affirmet, alter neget. Denique qui ultro se hosti dedit, certare velle dici non potest: Itaque nihil hic restat, quam ut Judex confitentem solvere jubeat, & ad id terminum statuat, ut bene Salic. in *d. l. unic.* C. *de lit. contest. n.* 10. Dixi autem per confessionem simplicem: secus enim est si confessio implicitam habeat vel præsumptive secuturam & reservatam contradictionem, veluti si confessus nihilominus ad ulteriora procedi postulet.

Objicitur hic nobis *d. l.* 2. C. *de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis contestationem desideratur duntaxat narratio actoris & responsio rei; unde colligunt qualemcumque responsionem rei ad litem contestandam sufficere, sive ea in affirmando, sive in negando consistat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi a parte rei desiderari responsionem, qualem litis contestatio & contradictio exigit? Fallitur quoque Goddean. *in l. litis*, 36. *ff. de verb. sign.* dum per objectionem exceptionis confessioni subjectam litis contestationem affirmative a reo fieri putat, veluti si dicat, fateor, sed pactus es, ne pereas: talis enim objectio vi ipsa in se continet debiti & intentionis negationem: si quidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei, sed ex intentione actoris in proposito æstimanda est. Quid quod nec per simplicem exceptionis objectionem videtur induci litis contestatio, per *cap.* 1. & 2. *de lit. contest. in* 6. Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione consistit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit; quoniam utrumque verum esse potest, & quod actor intendit sibi deberi, & quod reus excipit, pactum interveniisse. Plane si actor hic non consistat; sed replicando se pactum esse neget, jam quidem lis certo contestata est, & quidem affirmante reo, actore negante: sed hic reus excipiendo & asserendo vices subit actoris, actor replicando & negando rei *leg.* 1. *ff. de except. l. in exceptionibus*, 19. *ff. de probat.* Sed & si reo excipiente actor porro in causa procedi postulet, satis eo ipso exceptioni rei contradicere videtur, & quod a reo dictum est, resolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum sententia discendi potest, qui statuunt per objectionem exceptionis introduci litis contestationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis quam vocant deficientis actionis, statim induci litis contestationem: veluti si reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competisse, sed eam nunc ei competere neget, quia actio jure sublata sit pura solutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio propriæ exceptio aut depulsio non est, sed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta: inter quam & simplicem inficiationem hoc tantum interest, quod simplex inficiatio nihil aperte in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est, *l.* 1. C. *de probat.* sed litis contestationem æque inducit, ac simplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eo spectat, ut ostendatur vere negare reum actionem actori competere, in quo omnes Interpretes conveniunt.

CAPUT XVIII.

An in controversiis de possessione aut rei proprietate solus locus rei sit forum competens, an vero & locus domicilii rei?

INter conditiones idonei Judicis una est, ut sit competens. Competentem Judicem sic generaliter definimus, cujus de ea re, de qua agitur, non potest, & proinde apud quem quis agere vel convenire debeat, sive cujus sit forum competens, hoc est, litigatorum proprium: Forum autem competens aut est ex partium

Digitized by Google

ronſenſu, & prorogatione juriſdictionis, aut ex ſola juris auctoritate. De foro ex conſenſu partium ſunt rextus in *l. 1. & 2. ff. de jud. l. ſi convenerit*, 18. *ff. de juriſd.* Juris auctoritate & invictus quiſque forum ſortitur, tum ubi domicilium habet, rum ubi contracta eſt obligatio aut crimen commiſſum, tum ubi res ſita eſt, de cujus poſſeſſione aut proprietate agitur, *leg. hæres*, 19. §. 1. §. 2. *& ult. ff. de judic. leg. 2. Cod. de juriſd. leg. ult. C. ubi in rem act. l. unic. C. ubi de poſſ. l. unic. Cod. ubi de hæred. l. 1. & l. 2. Cod. ubi de crimin.* Agitur etiam res, ut dixi, ſit de ejus poſſeſſione aut proprietate agatur, ſubjicit poſſeſſorem juriſdictioni ejus Judicis, in cujus territorio res ſita eſt, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit, *dict. l. unic. C. ubi de poſſeſſ. d. l. ult. C. ubi in rem act.* Hic enim non tam perſonæ, quam rei ratio habetur; & ideo quoque ſuperiorem eodem reſpectu inferioris juriſdictionem ſubire, & Academicum de re in loco ſtudii ſita conventum ad Rectorem revocare non poſſe plerique tradiderunt, Monach. *princ. judic. p. 2. cap. 6. n. 60.* Vult. *ad leg. unic. Ced. in quib. cauſ. milit. for. præſc.* eademque ratione receptum eſt, ut ex hac cauſa etiam clericus coram judice ſæculari conveniri poſſit, Gail. 2. *obſerv. 37. n. 4. Mynſing. 1. obſerv. 22.*

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res ſita eſt, ſit etiam alius ubi quis de poſſeſſione aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et ſi quidem de poſſeſſione, ut de ea primum dicam, momentaneo proceſſu, qui extraordinarius eſt, agatur, veluti in caſu *l. ſi colloni*, 14. C. *de agric. & cenſit. lib. 11.* aut ſimili, vix crediderim locum eſſe alium, qui forum tribuat, quam rei ſitæ; eo quod proceſſus ille momentaneus ob id inſtruitur, ne partes ad arma deveniant, quod ſolet fieri in ipſo loco, ubi res de cujus poſſeſſione contenditur, ſita eſt, & ne fiat, ſolius judicis, cujus territorio ſita eſt, intereſt. At vero ſi ordinario proceſſu de poſſeſſione agatur, probarem communem Doctorum ſententiam exiſtimantium etiam alibi quam in loco, ubi res ſunt ſitæ, de poſſeſſione agi poſſe, nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas ſit eligendi utro loco reum convenire volet, quamquam actualem poſſeſſionem nemo nanciſci, niſi in loco rei ſitæ poteſt, *leg. 1. §. pen. ff. de acq. hared. l. un. pr. C. ubi de hæred. ag.* adde quæ Groenev. *tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poſſ.* Atque hæc ſententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens & actorem ſequi forum rei, quacumque actione agatur, ut diſerte reſcriptum eſt in *leg. ult. C. in rem act.* id autem ſemper habet reus in loco domicilii. Unus fere Donellus *l. 17. com. c. 17.* ab hac ſententia receſſit contendens non ſolum de poſſeſſione in loco, ubi res eſt, agi poſſe, ſed etiam ibi agi debere, ſi reus ibi ſecum agi poſtulet: ſolum hunc locum neceſſitati ſubjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut Interpretes communiter arbitrio actoris, ſed rei, *arg. l. unic. C. ubi de poſſ.* Sed ad iſtam legem bene reſpondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & ſpeciali, ac proinde per iſtum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo ſcilicet, quiſque conveniri poteſt quacumque ex cauſa, quale tribuit locus domicilii, *l. 2. C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. pen. C. ubi de fideic. pet.* dicitur fideicommiſſum ibi perendum eſſe, ubi hæreditas relicta eſt, non quod alio loco peti non poſſit; ſed quia eo loco conventus agenti præſcribere non poteſt, *l. ſi fideicom. 50. §. ult. cum l. ſeq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quandam, atque incommodum quod circa exeeutionem ſententia lata ab alio Judice, quam cujus in territorio res ſuæ ſunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo ſequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam reſpondebimus.

In controverſiis quoque de proprietate ſive actionibus in rem ſpeciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum propietate lis eſt, conſtitutæ ſunt, quamvis poſſeſſor ibi domicilium non habeat, *leg. ultim. Cod. ubi in rem act.* Eſt autem & hic conſtans fere omnium Interpretum ſententia, poſſe pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii poſſeſſoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, conſtitutæ ſunt, per text. expreſſum in *d. leg. unic. Cod. ubi rem. act. leg. unic. C. ubi de hær. ag.* Fac. *leg. 10. cum ſeq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, ſingularis eſt, afferens in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi; ſed unum tantum eſſe forum rei, locum ſcilicet ubi ſitæ ſunt, ibi reum conveniendum eſſe, ibi ſe defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pacti. Dictum autem rextum in *l. ult. C. ubi rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non ſimpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res conſtituta eſt, ſed moveri jubent, quaſi verbis iſtis neceſſitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum juberent Imperatores, recte argumentaretur Donellus: ſed cum vel ipſo facente duo jubeant, primum actorem rei forum ſequi debere quacumque actione experiatur, ſive in rem ſive in perſonam, atque per hoc forum eodem quoque facente non aliud intelligi poſſit, quam quod reus ſortiatur ex loco domicilii ſui, Deinde ſi in rem agatur, etiam ibi ubi res conſtituta eſt, agi jubeant, *verſ. ſed & in locis, dict. leg. ultim.* quis non videt duo diverſa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum poſſeſſor ſortiatur, locum domicilii, quaſi forum commune actionum omnium & locum rei ſitæ, ut forum actionum in rem proprium. Præcipuum autem opinionis ſuæ fundamentum ponit Donellus in *leg. quod legatur, 38. ff. de judic.* & ſane aperte Juriſconſultus illic ait, ſi per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res eſt: ſed non dubito, quia id ſpeciale ſit in re legata, eo quod legatario ſufficere debeat, ſi hæres, a quo legati præſtandi neceſſitas non cœpit, eo in loco ubi res eſt, offerat ſolutionem, de qua etiam & ipſa rei legatæ præſtatione præcipue Juriſconſultus tractat: ut, proinde non male reſponderi poſſe videatur, id quod Juriſconſultus ait: *etiam ibi peti debet, ubi res eſt*, vim & effectum ſolutionis reſpicere: quia ſi alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res eſt eam ſolvere poteſt, quamquam alii aliter. Accurſ. *in dict. l. 38.* Duar. *ad tit. de judic. c. de form. comper.* Hotom. *lib. 3. obſerv. 7.* Fuſe Vultej. *ad leg. un. C. unic fideic. pet.*

Quæ porro hic incommoda Donellus objicit, nimirum facile evenire poſſe, ſi poſſeſſor in loco domicilii conventus, jubeatur rem quæ alibi ſita ſit, reſtituere, ut nova lite pro rei executione opus ſit, ea objectio non eſt magni momenti. Nam præterquam quod omnes magiſtratus inferiores mutuam ſibi operam præſtare debent, conſiderare debuit Donellus, incommoda hæc non

eam

eam esse possessoris, cui etiam commodius esse solet in loco domicilii sui conveniri, quam petitoris, qui sibi imputare debet, quod maluit cum incommodo suo agere in loco domicilii possessoris, quam sui sitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in personam metui potest, in quibus & ipsis plerumque res aliqua præstanda venit, & quæ ob eamdem causam & ipsæ in loco rei sitæ duntaxat intentari deberent. Postremo, quod apprime notandum, non est ex ratione Juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur: sed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, *leg. ejus rei, 46. & l. seqq. ff. de rei vind. l. 5. l. tutor, 8. ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & nostris vix observetur, Zypæus *in not. jur. Bel. de jure jur.*

CAPUT XIX.

An querela inofficiosi testamenti sit species petitionis hæreditatis?

TEstamentum inofficiosum est, in quo liberi aut parentes, aut fratres & sorores contra officium pietatis vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti; modo testamentum jure consistat, & nec his debita legibus portio relicta sit. Quod testamentum ut inofficiosum accusare possunt, & postulare, ut id tanquam tale rescindatur, qui inique se exhæredatos aut præteritos queruntur hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit, *l. 2. l. 5. §. 1. l. Titia, 13. ff. de inoff. testam. & pr. Inst. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerit, *l. qui repudiantis, 17. §. 1. ff. eod.* qui color hic quæsitus fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim Tabularum, quæ liberum undequaque testandi potestatem patrisfam. concedit, *leg. verb. 120. ff. de verb. sign. per Last. de leg. Falc.* Pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum, quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium designatur, quam querelæ. Quid ergo est ne querela & ipsa actio? Sane est, licet plerique statuant non esse, remedium aliquod ab actione separatum, sive implorationem tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas vindicari queat. Sed non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis scriptum est, querelam ipsam actionem seu petitionem esse, perque eam, sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, cum Papinianus ait, hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam, 8. ff. de inoffic. test.* accivola petitionem hæreditatis exercere, *leg. qui de inofficioso, 20. ff. eod.* Paulus in *leg. eum qui, 21. §. 2. ff. eod.* ait per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari faculates, *l. si instituta, 27. §. 3. eod.* Triphonius filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis *leg. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex causa inofficiosi testamenti hæreditatem peti, *l. 3. C. de pet. hæred.* Justinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. si quis filium, 34. C. de inoffic. testam.* Atque hinc est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *leg. 6. §. ult. l. 7. l. 8. pr. ff. eod. l. 2. C. eod.* hoc enim alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres videatur: quamquam in suis hæredibus hæc possessio non est necessaria, uti nec aditio, *d. l. 7. junct. l. in suis, 14. ff. de suis & legit.* de quo consule Vigl. *ad rubr. & §. 1. Instit. de inoffic. testam.* Duar. *c. 8. ad eund. tit.* Govean. *lib. 1. var. lect. c. 1.* Quamobrem si quis a me petat ut quid sit querela inofficiosi testamenti, obiter definiam, dicam esse speciem petitionis hæreditatis, qua & testamentum rescindi postulatur, & simul vindicatur hæreditas, tamquam ab intestato delata cum Duar. *d. loc. c. 10.* Vigl. *ad d. rubr. n. 6.* Donel. *19. comm. 3.* Vaud. *2. var. quæst. 24.*

Communis vero Interpretum nostrorum schola existimat, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus pateat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum scilicet querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis sequatur, quod verum non est: siquidem esse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. Cod. de petit. hæred.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas, sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur de quo diximus, *c. 10.* Equidem fateor, querelam in multis differre a petitione hæreditatis simplici, de qua agitur, *tit. de pet. hæred.* sed ex eo non sequitur, per eam non peti hæreditatem, aut eam speciem petitionis hæreditatis non esse. Proferuntur autem duo potissimum argumenta quibus effici videtur querelam inofficiosi testamenti, petitionem hæreditatis non esse: quæ qualia sint, videamus. Primum tale est; petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. & seqq. ff. de hæred. petit.* At querela datur adversus hæredem scriptum, contra fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, *l. 1. Cod. de inoffic. test.* contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, *l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum hærede, sed tanquam qui hæres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. qui repudiavit, 17. ff. de inoffic. testam.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut diserte ab Imperatoribus Severo & Antonino responsum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l. 1. Cod. eod. tit.*

Alterum argumentum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut est ex testamento, aut ex causa intestati, *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hæred. petit.* Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamento excluſi sunt: non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, & ex eo aditi hæreditas potest, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu 39. ff. de acq. hæred.* Sed quid hic respon-

den-

dendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hæreditatis delatæ tanquam ab intestato: quia prætenditur color dementiæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera si judex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac hæreditas nunquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. cum qui 23. §. 2. ff. de inoffic. test.* Stet igitur hæc sententia querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tamquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia fere vi ipsa convenit, quod Joann. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exhæredatus sit in possessionem hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. ff. eod. tit.* adeoque & liberum esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis expetiti, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. *lib. 4. sent. tit. 5. & ibi* Cujac. Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profecticii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito, *l. 8. §. 3. Cod. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine instituere non possit, *l. 8. pr. ff. de inoffic. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris est ratio, quia querela non competit nisi filius cujus solius injuria est, *d. l. 8. in pr.* ostendat sibi displicere factum parentis, a quo exhæredatus est, & ideo invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hæreditatem adeat; adde, quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale, quod personæ exhæredati coharteat. Duar. c. 8. *tit. de inoffic. test.*

CAPUT XX.

An in querela inofficiosi locus sit edicto successorio?

EDictum successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur; repudiantibus admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato vel cognato admittitur sequens, *l. 1. §. quibus 10. & seq. ff. de succeff. edict.* Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamenti nullæ extant, & ab intestato defertur hæreditas, de quo, *d. tit. de succeff. edict.* & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. Cod. eod.* Quæritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an si is, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur, Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulo in *leg. pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in *lege inspem, 7. Cod. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere potuissent, si videlicet exhæredati fuissent, aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successionis ab intestato. Igitur hi præterito exhæredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non volente, victove, admittuntur ad accusationem ordine successorio ex propria sua persona propriaque jure suo. Exemplum habemus in *l. pater, 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur casus hujusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio exhæredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel queti in judicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in suspenso erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstabantque, ne sequens ordo aut gradus ad accusationem admitteretur, jam pro mortuis habentur, & pariter habentur non extare, & extare quidem, se queri amplius non posse. Non obstat quod hæres scriptus jam sententia judicis declaratus sit hæres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios jus non facit, *l. sæpe constitutum 63. ff. de re jud. & tot. tit. Cod. res inter. al. acta. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est, unde dicendum videatur, si scriptus a patre hæres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in successione ab intestato prior est causa liberorum. At filius judicio victus est, quia juste exhæredatus judici visus, quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est, *argum. l. 3. §. si emancipatus ff. de bon. poss. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam si 15. princ. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* si filius a patre exhæredatus querelam repudiaverit, aut ea instituta judicio victus sit, aut quomodo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, *l. penult. princ. ff. de inoff. testam. d. l. 3. §. emancipatus, 5. in fin. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel al. jur.* nec hic spectari debet an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit quæ filio delata est; sed ex persona propria: eodem plane modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, *l. 1. §. quibus 10. ff. de succeff. edicto.*

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Objicitur primum *l. si quis posthumo, 2. §. 2. ff. de lib. hær. & post inst.* ubi Paul. scribit, si filium exhæredavero, nepotemque ex eo præteriero & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hæreditatem decesserit, nepotem succedendo non rupturum testamentum. & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse: idemque in nepote posthumo prætorio & filio exhæredato juris esse Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberante hærede instituto de adeunda hæreditate defuncto, testamentum avi agnascendo non rumpere, *l. 6. pr. ff. de just. rupt. irr. test.* Itaque hic filius exhæredatus obstat nepoti præteriro: & obstat, ut Papinianus air, jure testati, quamvis nihil obstet jure intestati, id est, quominus hic nepos scripto hærede repu-

pudiante atque ita testamento destituto ab intestato suus hæres avo existat, *l. scripto ff. unde liberari*, *d. l. 6. princ. vers. plane si ff. de injust. rup. l. 1. §. sciendum 8. ff. de suis & legit. her. §. cum autem, 7. & seq. Inst. de hæred. quæ ab intest.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnascendo aut quasi agnascendo ipso jure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo hærede a patre exhæredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exhæredato natus ob sui præteritionem non admittitur jure Prætorio ad bonorum possessionem contra tabulas, *l. 4. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exhæredatus est, satisfactum est, valetque ipso jure testamentum, etsi nepos præteritus sit: nec scripto hærede adeunte potest nepos in locum sui hæredis succedere, ex capite secundo legis Vellejæ, quoniam mortis tempore eum filius præcessit, *l. Gellius, 29. §. sequenti 13. ff. de lib. & post. l. si quis filium, 34. C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti, quia præteritio nepotis hoc casu pro exhæredatione est, & Prætor exhæredatos non agnoscit: *d. l. 4. §. 1. junct. l. 8. princ. ff. de bon. poss. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admitteretur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immerito præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præteritio ista vice exhæredationis est: cæterum admitteretur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso jure validum; & licet per exhæredationem filii satisfiat formæ & solemnitati internæ, quæ jure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria sunt, testamentum non rumpi, & tamen adversus id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi, §. 2. *Instit. de inoffic. test.* Facilius vero querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti jus statim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet scriptis hæredibus. At potest querela competere: ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.

Secundo objicitur *lex si quis filium 34. Cod. de inoffic. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim ubi filius exheredatus non præparata querela decessisset omne adjutorium dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex jure veteri defendamus: Justinianus autem diserte jus vetus corrigit, primusque constituit, ut filius querelam etiam non præparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa a vetustate neglectus, a suo, inquit, rigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, neporem a querela removet juri antiquo convenienter. 1. Si probet hæres scriptus filium exhæredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit: tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præscriptum sit. Ergo jure veteri secus se hæc res habuit filioque non præparata querela mortuo nepos sine exceptione exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissione querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuisse diximus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *p. leg. si quis filium Cod. de inoffic. testam.* quod & interdum ipsi utilius esse potest, puta si nepos ex justa causa sit præteritus, pater autem immerito exhæredatus: vel ex persona sua, si melius faciliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita fere post Azonem, Bartolum, Dyn. Castrensem. Costallius, & Anton. Rubeus, ad *l. pater 14. ff. eod. tit.* Donellus 19. *comm. 7. & ibid. in not.* Osvvald. Hillig. Dissentiunt Bachovius ad *Treutl. disp. inoffic. testam. thes. 4.* Alciatos *l. 4. paradox. c. 16.* fluctuat, ut & alii fere Gomezius 1. *var. resol. 11. num. 21.* hanc quæstionem altam & subtilem vocat, licet & ipse dissentiar, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorsus removisse.

CAPUT XXI.

An liberi juste exhæredati connumerentur in computatione legitimæ, seu an cæteris partem faciant?

QUæstionis hujus sensus est, an liberi justa ex causa exhæredati re ipsa adhuc inter liberos annumerentur? perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum ut cæterorum legitima minuatur, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nomine exhæredato? Veteres uno verbo hoc dicunt facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proxime præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua consultus Raphael Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jasone in *auth. novissima Cod. de inoffic. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima* putant eum qui juste exhæredatus est, non connumerari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundum hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis merito exhæredaverit, alteri exhæredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia, hodie triens, non sextans. Bart. in *leg. pater filium 14. ff. de inoffic. test.* contra putat eum, qui juste exhæredatus est, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere, proinde ex Bartoli sententia, si pater ex duobus filiis alterum juste exhæredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habebit duntaxat sescunclam, hodie sextantem, per *l. §. quoniam autem ff. de inoffic. testam.* Alii putant melius esse si media hac via ineatur, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia, & quidem si exhæredatus repudiaverit querelam, aut eam instituerit quidem, sed judicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accrescat fratri in legitima instituto, *per l. filio 26. pr. ff. eod.* quippe hunc demum juste exhæredatum dici, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum propterea quod hujusmodi exhæredati pro mortuis habentur per *l. qui repudiantis in fin. 17. ff. de inoffic. test. l. 1. §. sed & si 5. de con-*

conjug. cum emanc. l. 1. ſi poſt 10. §. *liberi* 4. *&* §. *ſeq. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* & ſic procedere ſententiam Dyni & Saliceti. Cæterum ſi exhæredatus nec repudiaverit querelam, nec poſt eam motam victus ſit, hoc caſu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam ſit acceptarus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario ſenſu ex *d. l. qui repudiantis*, *& l. ſi ponat* 23. §. *ult. de inoffic. teſt.* atque hoc modo defendi poſſe opinionem Bartoli.

Pendet autem deciſio hujus tam arduæ quæſtionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficioſi locus ſit juri accreſcendi? quam ob cauſam e re erit de ea prius cognoſcere, quam quid certi definiamus de propoſita. Et quidem ſi quis cum duos haberet filios, utrumque exhæredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc caſu fruſtra diſputatur de jure accreſcendi aut parte facienda, quoniam neuter vel inofficioſum teſtamentum dicere poteſt; vel ad ſupplementum agere. Sed ponamus caſum diverſum. Pater duos habens filios utrumque exhæredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc caſu cum uterque queri poſſit, ſi unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum ſemiſſem hæreditatis petere debeat; ita tamen ut ſi alter poſtea accuſare nolit, aut tempore excluſus ſit, pars ejus accreſcat ei, qui egit & obtinuit, *l. filio* 16. *l. ſi ponat* 23. §. *ult. ff. de inoffic. teſt.* & hoc de eodem caſu agit Paulus in *l. qui repudiantis* 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod ſi tamen alteruter in ſolidum egerit, antequam alter querelam repudiaſſet, & caſu aliquo obtinuerit, puta quod ſcriptus hæres eum non repellebat: alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l. 6. §. 1. ff. eodem*. Ponamus rurſus alium caſum. Pater e duobus filiis exhæredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita ſatisfecit primo, non autem ſecundo. Secundus non queritur, ſed primus, & dicit ſibi non eſſe relictam integram legitimam: cum enim ſecundus, qui ſolus queri poteſt, non queratur, ait ſibi quaſi nunc ſoli filio deberi quartam omnium bonorum, non ſeſcunciam aut quartam ſemiſſis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta eſt, neque querelam movere poteſt, neque ex conſtitutione Juſtiniani ad ſupplementum agere. Ratio eſt, quia factum illud patris legitimam ſecundo exhæredato non relinquentis non debet prodeſſe primo, qui portionem debitam habet. Et hoc caſu exhæredatus alteri partem facit; quia ſcilicet neceſſe eſt eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluſo, per quam ſolam ad hæreditatem poterat pervenire, accreſcere non poſſit, & hic eſt caſus, qui tractatur in *l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoffic. teſt.* Quod ſi exemplum ad jus *eâ ratione* accommodare velimus, ponendus caſus, quo pater extraneo hærede ſcripto unum ex filiis in legitima inſtituit, alterum exheredavit; & ſic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, ſententiam ſequuntur, ſi ſecundus, qui legitimam non accepit, taceat, & querelam, quam movere poteſt, non inſtituat. At ſecus eſſe exiſtimant, ſi ſecundus repudiaverit querelam, aut in ea victus ſit, aut præſcriptione quinquennali excluſus: tunc enim primo ſeſcuncem non ſufficere ad legitimam, ſed ei deberi quadrantem; aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non eſt, de inofficioſo agere, & totam hæreditatem vindicare poſſe, *l. qui repudiantis* 17. *l. ſi ponat* 23. §. *ult. ff. de inoffic. teſt.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani quia utique partem legitimæ habet, ſupereſſe ei actionem ad ſupplementum, *l. omnino* 30. *Cod. eod. tit.* Cur autem ſecundo repudianti querelam, aut ea quocumque modo amiſſa, primus jam recte de inofficioſo agat, ad ſupplctionem petat, hanc eſſe rationem, quia ſecundus poſtquam queri poſſe deſiit, pro mortuo habetur, *per d. leg. qui repudiantis in pr. fin. ff. eod. l. 1. §. ſed & ſi 5. ff. de conj. cum emancip. lib.* Sed male mea quidem ſententia: Nam juri accreſcendi locus dari non poteſt, niſi ab initio utriuſque querela competierit. Si vero unus exhæreditorum querela ab initio excluſus ſit, eo quod legitima ei relicta, huic alter, qui non queritur, partem facit non modo interim & quandiu alter adhuc queri poteſt, ſed etiam quando queri poſſe deſiit. Si enim Ulpiani hanc quæſtionem decidentis in *l. 8. §. quoniam 7. ff. de inoffic. teſt.* hæc verba *an exhæredatus partem faciat, qui non queritur*, &c. accipienda ſunt, nempe qui non queritur omnimodo, ſive quia ſemel agere noluit, ſive quia judicio victus aut tempore excluſus eſt. Omnino enim diſtinguendum eſt inter querelam, in qua locus eſt juris accreſcendi: & legitimam relictam, in qua non item, v. gr. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exhæredato, ſed uni 125. nomine legitimæ relictis deceſſit, quæ quarta pars eſt portionis ab inteſtato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta eſſet quocumque titulo, querela excluderetur: ſi vero vel minimum deeſſet, admitteretur, in quo utroque aliquid poſtea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioſo poteſt, non queratur, an per hoc alter querelam nanciſcatur, quam non eſſet habiturus priore querente? Sic viſum mediæ ſententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam ſolus ſit; nomine legitimæ jam illi debeantur 250. ſed contra deciditur in *d. l. 8. §. quoniam* ſcilicet nihil amplius eum conſecuturum, & per illa 125. quæ ipſi nomine legitimæ relicta ſunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum eſſe: hoc caſu ſi unus non queratur excluſus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, cui querela integra, teſtamentum in totum ſubvertit, atque ex aſſe ab inteſtato ſuccedit.

Ex his jam, opinor, apparet, quid ſtatuendum ſit de quæſtione propoſita, utrum is, qui juſte exhæredatus eſt, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta eſt, faciat nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere ſecundum ſententiam Bartoli. Ratio ſolida, quia nulla hic eſt conjunctio, ac proinde nec jus accreſcendi. Etenim rite & juſte exhæredatus nec ad hæreditatem vocatur ex teſtamento, quippe quo excluſus eſt: neque ab inteſtato, quia ad ſucceſſionem inteſtati venire non poteſt, niſi teſtamento per querelam everſo. Sed nec Prætor exhæredatione notatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas invitat, *l. non putavit* 8. *ff. cont. tab.* Adde quod cum adverſus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis eſſe debet, cujus eſſe pater voluit. Juris vero accreſcendi tunc locus eſt, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec teſtator cavit. Hic autem teſtator voluit eam

acqui-

Digitized by Google

acquiri hæredi inſtituto, *per leg. ſi pallium 9. ff. de probat. auth. hoc amplius Cod. fideicomm.* ac juſta eſt patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud eſt, ſi utrumque filium immerenter exhæredavit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus ratione utriuſque filii injuſta eſt. Denique delictum unius non debet prodeſſe alteri. Non obſtat, quod alicubi dicitur exhæredatum pro mortuo haberi: id enim verum eſt quantum attinet ad ſucceſſionem ejus a quo exhæredatus eſt; cæterum non eſt trahendum extra terminos ſuos: nec argumentum ductum a bonorum poſſeſſione contra tabulas, in qua exhæredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exhæredati a contra tabulas bonorum poſſeſſione, tamquam peregrini, in totum arceantur, nec partes ibi facere poſſunt. Sed quando unus de inofficioſo queri poteſt, juſte exhæredatum ei partem facere dicimus, ſed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioſo agendi & legitimam hæreditatem petendi habet. Ita recte poſt Bartolum Donellus *l. 9. comm. l. 9. &* Hilligerus *in not. ibid.* Bachov. *ad Treutl. diſp. de inoffic. teſt. theſ.* 15. atque hanc opinionem, ut ſaniorem laudat Pet. Gregor. Toloſanus *l. 44. ſyntagm. c. 5. n. 7.* Diſſ. cum Dyn. Salicet. Sichardus *in d. auth. noviſſimam*, 27. De filiabus ſtatuto excluſis res minus dubia: quoniam eui filiæ extantibus maſculis ſtatuto in totum excluſæ, nullum jus ſuccedendi aut querendi habeant, partem facere non poſſunt, ſed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac ſi non eſſent: & intelligitur ſtatutum voluiſſe cæterorum portionem augere. Bachovius, *ut ſupra*.

CAPUT XXII.

Legitima ſine bonorum quota, an hæreditatis & an recipias ullum gravamen?

AD neutram harum quæſtionum ſimpliciter aut affirmando aut negando reſponderi poteſt. Nam ad priorem quod attinet, ſi ponamus filio juſte exhæredato legitimam eſſe relictam titulo ſingulari, tunc utique legitima non hæreditatis, cujus nullam partem exhæredatus obtinet, ſed bonorum quota eſt, ut quarta ex conſtitutione divi Pii, *l. 2. §. 1. ff. fam. erciſc. §. 3. Inſtit. de adopt.* Idemque dicendum eſt, ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed aut in re certa adjuncto ei cohærede ſimpliciter ſcripto vel ex parte aſſis, aut certis rebus contentus eſſe juſſus ſit, quo caſu legatarii loco habetur, ut neque actiones hæreditarias exercere, neque a creditoribus hæreditariis conveniri queat, *l. penult. Cod. de hær. inſt. §. ſi quis 9. Inſt. de fideic. hæred. l. ſi legatus 30. ff. multum intereſt 3. ff. ad Senat. Treb.* At ex diverſo ſi filius hæres inſtitutus ſit vel in ipſa legitima quæ olim erat quarta pars debitæ ab inteſtato portionis hodie ejuſdem portionis triens aut ſemis pro numero liberorum: *Nov. de trien. & ſemiſſ.* vel ex parte aliqua hæreditatis, puta ex uncia, ſextante, &c. hic ut filius revera hæres eſt, ita & legitima erit quota hæreditatis. Fieri enim non poteſt, quin ea pars, quam tamquam hæres jure hæreditario habeo & titulo inſtitutionis, ſit pars hæreditatis: Male igitur Gail. 2. *obſ.* 119. *num.* 12. *&* *obſ.* 120. *n.* 2. poſt Salicetum alios in *l. ſcimus 36. in fin. Cod. de inoffic. teſt.* generaliter & ſimpliciter definit, legitimam eſſe quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno, *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoffic. teſtam.* & bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum 39. §. 1. ff. de verb. ſign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* cum tamen in confeſſo ſit, quartam Falcidiæ eſſe partem hæreditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod hæres jure hæreditario capit, *l. in quæſtum 92. pr. ff. ad l. Falc.* Antequam enim ſumma conſtituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſe eſt exquiſi, quid in patrimonio & bonis defuncti ſit habendum: ſiquidem ex eo filius legitimam *τὸ τέταρτον μέρος*, hæres quartam habere debet. Ex eo autem non ſequitur: filium ex portione legitima inſtitutum, eam portionem non habere jure hæreditario aut tamquam partem hæreditatis, ut nulla onera hæreditaria ſuſtineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæſtionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen.

In hac quoque quæſtione diſtinctio adhibenda eſt, & primum diſcernenda onera, quæ ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcuntur, ab iis, quæ exurgunt ex ipſo jure hæreditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex teſtamento vel ex ulla alia diſpoſitione teſtatoris oriatur, *l. quintani 32. Cod. de inoffic. teſt.* Et ratio eſt, quia legitima non ex judicio teſtatoris, ſed ex proviſione legis debetur, cui conſequens ut gravamen legitimæ impoſitum, pro non adjecto habeatur, Fac. *d. leg. 32. & auth. noviſſima Cod. eod.* Gail. 2. *obſ.* 119. *n.* 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommiſſo, vel alio ſubſtitutionis onere: in tantum, ut nec nuda ejus proprietas liberi relinqui queat deducto uſufructu. Cujus rei hæc ratio eſt, quia ſi uſusfructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præſtatio contra *d. leg. 32.* & mirum eſt diſſentire Cepollam *cautel. 21.* cum diſertis verbis Juſtinianus conſtituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec ſufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, ſed neceſſe ſit ſimul relinquere ipſum jus utendi fruendi, *Nov. 18. c. 3. aut noviſſima Cod. de inoffic. teſt.* Atque hoc modo accipiendum eſt, quod identidem inculcatur; legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen, *l. omnimodo 30. d. l. quoniam 32. d. l. ſcimus 36. Cod. de inoffic. teſtam.* nempe non recipere, ex voluntate aut diſpoſitione teſtatoris, neque hic refert jure hæreditario, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipſo jure hæreditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo inſtitutionis, & jure hæreditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua aſſis inſtitutus eſt; quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juſte exhæredato relicta eſt, aut ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed in re certa adjecto cohærede indefinite; aut ex parte hæreditatis ſcripto, ut ſupra diximus. Sed utique, quando filius, ut hæres legitimam obtinet, conſequens omnino eſt, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hæreditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani poteſt ullum opus imponi ex diſpoſitione teſtatoris, nec ea fideicommiſſo gravari poteſt, & tamen hæres fiduciarius pro rata parte ſuſtinet onus æris alieni, & pro quadrante a creditoribus hæreditariis conveniri poteſt, *Cod. ſed quia 7. Inſtit. de fideic. hær.* Nullam autem ne-

que hic quarta ſenatuſconſulti, neque illic triens aut ſemis legitimus diminutionem patitur. Non obſtat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoffic. teſtam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur quantum ſit in legitima, nihilque aliud eo ſignificatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut ſciri poſſit, quantum eo deducto legitimæ nomine debeatur, non quod filius hæres in ea portione inſtitutus non teneatur pro rata reſpondere creditoribus hæreditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, §. *ult. Inſt. de leg. Fale.* non ob id, quod hæres nomine æris alieni a creditoribus hæreditariis conveniri nequeat, ſed tantum ut ſciatur quantum teſtator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id ſolum habere intelligimur, quod deducto ære alieno ſupereſt, *l. ſubſignatum* 39. §. 1. *de verb. ſign.*

CAPUT XXIII.

Petitio hæreditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?

PEtitio hæreditatis eſt actio in rem, qua hæreditatem noſtram & per hæreditatem res ſingulas hæreditarias petimus ab eo, qui quid earum pro hærede vel pro poſſeſſore poſſidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hæreditatem, quam petit, ſuam eſſe intendit, utpote vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi delatam; & ſibi ſive per ſe, ſive per alios acquiſitam, *l. 2. l. 3. ff. de hæred. pet.* eſſe hanc petitionem actionem in rem pleriſque locis diſerte traditum eſt, *l. ſed & ſi 25. §. propen. ff. de hæred. petit. l. 1. l. ſin autem 27. §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. ſi pars hæred. petit.* Cæterum ita in rem eſt, ut tamen habeat præſtationes quaſdam perſonales *d. l. 25. §. propen.* propter quas mixta perſonalis appellatur, & demum 30. annorum præſcriptione ſummovetur, *l. 7. Cod. de pet. hæred.* & inter bonæ fidei judicia numeratur, §. *actionum 28. Inſt. de action.* licet cæteræ in rem ſint arbitrariæ §. *præterea 31. Inſtit. eod.* Datur adverſus eum, qui quid hæreditarium pro hærede prove poſſeſſore poſſidet, dolove malo fecit, quominus poſſideret, *l. 9. l. 13. §. pen. l. ſed & ſi 25. §. perinde 8. ff. diſt. bis.* Pro hærede poſſidere dicitur, qui putat ſe hæredem eſſe *l. pro hærede 10. ff. eod.* Pro poſſeſſore poſſidet rum prædo, qui nullam aliam cauſam affert, quam quod poſſideat, *d. l. 10. §. 1. & 2. ll. ſeqq. eod.* rum is, qui affert quidem aliquam, ſed injuſtam & inutilem; omnibus enim titulis inutilibus hic pro poſſeſſore hæret & adjunctus eſt, id eſt, omnes hi tituli recipiunt & in ſe habent titulum pro poſſeſſore, ut qui eos allegat, pro poſſeſſore poſſidere, & hæreditatis petitione teneri intelligatur, *l. nec ullam 13. §. ff. eod.* ubi obiter notandum, etſi omnis prædo pro poſſeſſore poſſideat, non omnem tamen, qui pro poſſeſſore poſſidet, prædonem haberi, veluti ſi titulum, licet inutilem, alleget, *d. l. 13. §. ſi quis 8. ff. eod.* add. Gœd. *ad l. 109. de verb. ſign. n. 7. & ſeqq.* Quod ſi quis juſto aliquo titulo rem hæreditariam poſſideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda eſt ſpeciali in rem actione; quæ ſimpliciter adverſus quemcumque poſſeſſorem datur, *l. 7. Cod. eod. ii. l. 4. Cod. in quib. cauſ. ceſſ. long. temp. præſc.* Hanc autem diſſimilitudinem peperit diſſimile jus petitorum. Nam qui ſpeciali actione in rem agit, aut dominus eſt, aut jus affine dominio habet, cui ſemper æquum eſt rem reſtitui. Semper enim dominus plus juris habet in re ſua, quam quilibet etiam juſtiſſimus poſſeſſor, *l. 9. ff. de rei vind. l. 3. Cod. eod.* At qui hæres eſt, non idem continuo & dominus rei hæreditariæ. Quid enim ſi defuncto commodata ſit, aut apud eum depoſita? Equidem fieri poſſe non nego, ut hæres idem ſit, & dominus: ſed quia contra etiam fieri poteſt, ut ſi is dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato poſſidet, in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet, *l. in pari 128. ff. de reg. jur. DD. in d. l. 9. Sichard. in l. 2. Cod. eod. Zaſ. parat. ff. eod. n. 7.* Sed enim hoc ipſo quod quis hæres eſt, plus juris habet, quam is, qui pro hærede poſſidet, aut pro poſſeſſore, ſive cauſam ſuæ poſſeſſionis afferat, ſive non. Neo vero alios titulos poſſeſſio hæreditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hæreditarii controverſiam faciat; niſi qui pro hærede vel pro poſſeſſore poſſidet, *d. l. 9. de hæred. petit. l. 7. Cod. eod.* Cujac. 10. *obſ. 1.*

Atque hoc quidem jus in directa petitione hæreditatis perpetuum eſt. Utilis autem petitio hæreditatis datur bonorum poſſeſſori, quæ vocatur poſſeſſoris hæreditatis petitio, item fideicommiſſario, id eſt, ei cui ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hæreditas; quæ fideicommiſſaria hæreditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in uſu. Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum poſſeſſor non verus, id eſt, qui putat ſe bonorum poſſeſſorem eſſe, cum non ſit, *l. pro hærede 11. ff. eod. 6.* fideicommiſſarius, qui hæreditatem a falſo hærede accepit, *d. l. nec ullam 13. §. ſed & ſi 6. ff. eod. l. 4. Cod. de inoffic. teſt.* Item emptor, qui hæreditatem aut partem univerſi juris emit a non vero hærede *d. l. 13. §. ſi quis 8.* Sed ita demum emptorem convenire placet, ſi aliter res petitori ſalva eſſe non poteſt, aut ſi non expediat petitori hæreditatem a venditore peti, quem directa petitione teneri certum eſt, *d. l. 13. §. quid ſi quis 4.*

Excutiamus jam, quod in quæſtione eſt, an petitione hæreditatis teneatur, qui quid hæreditarium poſſidet titulo ſingulari? Non una autem hic utendum diſtinctione. Poſſeſſor aut nullum titulum allegat, qui in ſpecie dicitur pro poſſeſſore poſſidere, aut allegat titulum, ſed univerſalem, ſcilicet pro hærede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum ſingularem, & hunc vel in univerſitate ſive hæreditate aut parte hæreditatis, & nonnullo caſu utili petitione hæreditatis, ratione objecti ſic dicta, conveniri poteſt, *d. leg. 13. §. quid ſi quis 4. ff. l. 2. Cod. eod.* vel in re ſingulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti ſi quis rem ab uxore donatam pro donato ſe poſſidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere ſibi nupta, & tenetur tanquam poſſidens pro poſſeſſore, *d. l. 13. §. 1.* vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod ſe rem emiſſe, aut ſibi donatam legatamve eſſe, atque hiſce titulis ſe poſſidere affirmet: & non tenetur ſive bona ſive mala fide poſſideat, *l. 7. Cod. de petit. hæred. l. 4. Cod. in quib. caſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus poſſeſſorem rei ſingularis cum poſſeſſore titulo ſingulari: hic enim petitione hæreditatis non tenetur, etiamſi, ut modo dixi, poſſideat mala fide, ſed res ab eo vindicanda eſt ſpeciali in rem actio-

RC:

ne; ille vero hac actione tenetur, tametsi bonam fidem habeat, seque hæredem esse putet. Finge unam aliquam rem hæreditariam & vel minimam pro hærede ab aliquo possideri, is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hæreditatem ejusve bonam partem eodem modo possideret, *l. 9. & l. seq. in pr.* Ratio est, quod is, qui vel unam rem hæreditariam pro hærede tenet, possidet totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit, aut asserere potest, ac proinde hic etiam universalis actio institui debet, licet executio tantum fiat in re unica possessa. Cacheran. *dec.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hæreditas, at per consequentiam etiam singulæ res hæreditariæ: ut in definitione expressum est, *l. 7. §. ult. ff. de except. rei judic.*

CAPUT XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?

DE qualitate impensarum, quæ in rem alienam, fructuum quærendorum aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæ omnes citra ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur, *l. si a domino 36. §. ult. ff. de hared. petit. l. 7. pr. ff. solut. matr.* ubi hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis supereat. Ubi vero in rem ipsam impensæ factæ proponuntur, hic illa tripartita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessariæ sunt, aut utiles, aut voluptariæ *l. 1. ff. de impens. in rem dot. fact. l. impensa 79. ff. de verb. signif.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non essent, res aut interitura fuisset, aut deteriori futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptariæ quæ speciem, *ut ipse* duntaxat ornant, sine ulla utilitate, *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. 5. 6. & 7. de impens. in rem dot. l. 79. per tot. tit. de verb. sign.* ubi & exemplis hæ definitiones illustrantur. Necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui mala fide possident, *l. plane 38. pr. ff. de hær. petit. l. 5. Cod. de rei vind.* quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ut scilicet petitor cum damno possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici potest, quod rem cum alioqui perituram servavit) lucrum faciat, *d. l. 38. ff. de hared. pet.* Non obstat *l. 1. Cod. de infant. expos. l. ex argento 13. ff. de condit. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri, *l. inficiando 67. §. 2. ff. de furt.* Fachin. 1. *contr.* 34. In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris malæ fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area ædificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem oppositæ doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non oblata restitutione pretii materiæ & impensarum, *l. sumptus 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hær. pet.* Et hoc est, quod Cajus in *l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acq. rer. dom.* & Justinianus §. 30. *Instit. de rer. div.* ajunt, si in possessione, constituto ædificatore soli dominus petet ædificium, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior *l. 14. ff. de condict. indeb. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo 38. ff. de rei vind.* & ita demum, si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *d. l. sumptus 48. l. empt. 65. ff. eod. tit.* Nam qui suum duntaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo 129. ff. de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Apparet autem ex *d. l. 83. ff. de rei vind.* jus hoc non esse perpetuum, sed regulare duntaxat, atque pro varietate circumstantiarum aliud atque aliud æquitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda bonæ fidei judicis. Malæ vero fidei possessoris deterior in hoc genere impensarum conditio est: quippe cui nulla eo nomine deductio concessa, *l. 5. Cod. de rei vind. l. Julianus 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acq. rer. dom.* 1. Ratio est, quia si is item simili exceptione se tueri velit adversus dominum vindicantem, culpa ei objici potest, & a domino replicari, quod temere & sciens ædificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiæ proprietatem amiserit, §. *ex diverso 30. Inst. de rer. divis.* æquum quidem esse, ut sumptus per errorem facti retentione rei serventur, *l. sin autem 27. §. ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti sunt, restituendos non esse *l. 3. Cod. de ædif. priv.* Enimvero si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens non tamen animo donandi hujusmodi sumptus feciſſe, aliud dixerim, per *l. 2. Cod. rei vind.* veluti si ædificaverit in solo litigioso, dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa potius feciſſe, quam animo donandi. Quid igitur est, quod Paulus scribit in *d. l. 38. ff. de hared. pet.* etiam in persona prædonis rationem haberi utilium impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impensas deducere, sive per retentionem oppositæ doli mali exceptione servare posse; sed hoc tantum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium: nempe hactenus, ut necessarias quidem deducat, quarum deductio a possessoribus omnibus tributa, *l. 5. C. de rei vind.* utiles vero sine læsione rei tollat: hoc enim solum ei permissum est, *d. l. 5. d. l. Julianus in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam si sublato eo, quod posuit, aliquid lucri iturus sit, neque tantum ei offerat petitor, *d. l. 38. ff. eod.* Etenim cum stricto jure ne tollendarum quidem utilium impensarum prædoni potestas sit, recte dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate ei conceditur. Quod si petitor pro jure suo *d. l. 18. ff. eod.* pati nolit, ut eas impensas possessor tollat, hic jam & earum deducendarum potestas ei permittitur, ne quod aut Jurisconsultus in *d. l. 38. ff. de hared. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum sentiat; quæ ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptariarum impensarum

qua-

quatenus tales sunt nulla deductio est, cessante videlicet causa, quæ huic deductioni locum facit. Plane si probetur petitorem easdem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus consecuturum, *arg. d. l.* 38. *& l.* 29. *de rei vind.* impensæ quæ per se voluptariæ sunt naturam induunt utilium, & locus sit exceptioni doli ad eas servandas, si modo bonæ fidei possessor sit, qui eas fecit; nam prædoni probe dicetur, non debuisse eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem servare has impensas non potest, ei potestas est tollendi, quod sine detrimento rei tolli potest, etiamsi malæ fidei possessor sit, ut diserte a Cajo responsum est, *l. utiles* 39. §. 1. *ff. de hæred. pet.* idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impensæ a quocunque possessore deduci, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei reservari possunt nempe impensæ necessariæ, & a bonæ fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptariarum, qua talium, deductionem non esse, tollit tamen posse sine læsione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi servandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is qui impensas fecit rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is, qui sumptus fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur & sumptus a se factos repetat? Numquam certe id in libris juris nostri traditum est. Et quænam, quæso, huic actio accommodari posset salva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum subtulit lex duodecim Tabularum. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, & junxit alienum suis ædibus aut vineæ suæ, *l.* 1. *ff. de tign. junct. l. in rem* 23. §. *pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum secundum definitionem *d. l.* 23. §. *item quæcunque* 5. *vers. ideoque* hic locus esse potest: quomodo enim in factum actio adversus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut condictio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum, quia qui in rem tamquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione quoque ei denegatur repetitio *l.* 5. *C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut qui ab alio reperant, aut alium sibi obligent, *l.* 4. *C. de negot. gest. l. in hæc* 14. §. 1. *vers. diversum est ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem *l. non omnis* 19. *pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti, nam ut disserit Julianus in *l. si in area* 33. *ff. de cond. indeb.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: sed tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. Ex extat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus: petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quib.* 51. *ff. de cond. indebit.* nec enim solus error solventis, aut traditis condictionem parit, nisi simul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus est ire per inductionem: Definitionis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem: hæc verba sunt Juliani, *l. si in area in fin. ff. de cond. ind.* Paulus in *l.* 14. *ff. de excl. dol. mal.* ait non posse eum, qui in alieno solo ædificavit, aliter sumptus consequi, quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in *l. sumptus* 48. *ff. de rei vindic.* negat expresse sumptus in alienum prædium factos peti posse, nec si facti sint a bonæ fidei possessore, sed tantum exceptione doli opposita æquitatis ratione posse servari. Idem non obscure indicat Pompon. *l.* 21. *ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas solas habens*, quo loco pro *similem eum esse* refcribe *non similem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro & Hugone Grotio in *fparf. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere possit quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & eo: expressos locos, contra *l.* 1. *l.* 9. *l. ult. Cod. de legib.* aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti da a scilicet, actionem ad impensas ultro repetendas, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur: scilicet jure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem judicio succurretur: quam actio inducitur, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur, ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit: nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen pacisceuti prodest, *l. judicis gentium*, 7. §. *sed cum nulla*, 4. *& seq. ff. de pact.* Et sic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet, & est instar spiritus, qui attollendo solo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente nasci Plinius scribit, *lib.* 2. *nat. hist.* c. 85. *& seq.*

Non desunt tamen hic dubitandi causæ, & primum hic nobis objici potest regula generalis ex *leg.* 1. *ff. de cond. caus. l. si me*, 32. *ff. de reb. cred. l. nam hoc*, 14. *ff. de cond. indeb. leg. id quod nostrum ff. de reg. jur.* nempe rem meam quæ ad te pervenerit sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium perveniisse, quia ædificavi in alieno; nec sine culpa quia aut temere id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium est, quia quod beneficio rei suæ, & jure accessionis cuique acquiritur, id justa ex causa quæsitum censetur, *l. in rem*, 23. §. 3. *& 4. ff. de rei vind. leg.* 7. §. *voluntas*, 8. *& seq. de acquir. rer. domin.* Denique potest bonæ fidei possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extantes compensare cum expensis, *leg. sumptus*, 43. *ff. de rei vind.*

Secundo obstare videtur *leg.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessori datur impensarum saltem necessariarum repetitio. Respondeo ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non continuo sequitur eo nomine etiam actionem esse, sufficit enim esse repetitionem suo modo; videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione, *leg.* 1. *ff. de excep. leg. amplius*, 15. *rat. rem hab.* neque aliter in *dict. leg.* 5. *Cod. de rei vind.* hoc verbum accipi potest, quoniam ibi agitur de ædificatore constituto in possessione.

Tertio puta D. Cujacius, *lib.* 10. *obs.* 4. posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis

Digitized by Google

ti-sumptibus rem restituit, possessionem repetere conditione incerti, atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus servare, *arg. leg. si uxor filio*, 19. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & uxor. leg. qui exceptio*, 40. §. 1. *de cond. indebit. leg. hæres*, 21. *ff. ad. Senat. Trebell.* Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione sumptus in prædium alienum a possessore facti jure actionis repeti possint, & tamen putaret remedio aliqun etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cujacii sententia faciant. Nam in *dict. leg. si uxor filio*, ne quidem de impensis in rem alienam factis & *dict. leg. quæres*, tantum abest, ut Cujacii sententiam juvet, ut etiam ei adversetur, sicut supra ostensum est, *add.* Ant. Fabrum *decad. 26. err.* 10. Denique aliena plane est ab hac disputatione, *dict. leg. qui exceptionem* §. 1. & si quæ forte similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qualem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur, *dict. leg. exceptionem*, §. 1. (loquitur enim de hærede fiduciario, qui domum quam ex fideicommisso debebat restituere, sua impensa refecit,) an suo nomine tamquam in rem propriam, qui casus hic a nobis propositus est, per textus in *leg.* 14. §. 1. *ff. comm. divid. l.* 1. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de neg. gest.*

Postremo Martinus Glossator, eumque secutus Joannes Goddæus in *l. impensæ*, 79. *ff. de verb. sign.* objiciunt verissimæ huic sententiæ *leg.* 6. §. 3. *ff. de neg. gest. leg.* 8. *ff. de pign. act. l.* 7. §. *ult. ff. sol. matrim.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in proposito non possidenti dandam: sed frustra. Nam in *dict. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque sibi obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret & res quasdam interverteret, in reliquis duabus de iis agitur, qui sumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas consequi posse. Ita post Cyn. Salic. Castrensem in *d. l.* 3. *C. de rei vind.* Don. 20. *comm.* 7. Anton. Fab. *decis. 26. err.* 9. *& seqq.* Cæterum Martini sententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere testantur Molinæus *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *glos.* 5. *num.* 104. Zyp. *not. jur. Belg. de re vind.* Groenev. *de leg. abreg. ad* §. 30. *Inst. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CAPUT XXV.

An bona fidei possessor fructus omnes tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?

ETiam tritas & vulgates quæstiones incudi reddere prohibitum non est: aliquando expedit propter inventa temporis & usus. Cujusmodi quæstiones duas in præsentia tractare visum est, unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistincte fructus omnes, quos percepit, suos faciat: alteram capite proxime sequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem suam vindicanti restituere debeat.

Si quis a domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. *Inst. de rer. divers.* convenienter sententiæ veterum, *leg. qui scit*, 25. §. 1. *l. in pecudum*, 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acquir. rer. dom. cum simil.* Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur quæ hic perceptione acquiritur, sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirentis est bona fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet & justam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, quo eam justo titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi, *leg. bonæ fidei*, 109. *ff. de verb. signif.* Malæ igitur fidei possessores huc non pertinent, *d.* §. 35. *leg.* 22. *Cod. de rei vind. l.* 3. *C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus *dict. loc.* Percepti fructus dicuntur, simul atque a re qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus aut pomis defectis aut decerptis, licet nondum tritum vinum aut oleum nondum factum *l. si fructuarius*, 13. *ff. quib. mod. usufr. amit. leg. qui scit*, 52. §. 2. *ff. de usur. leg. si ejus fundi*, 78. *ff. de rei vind.* in animalibus cum fœtus editus, hac expressum, lana detonsa est *l. in pecudum*, 28. *ff. de usur. l. bonæ fidei*, 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quamquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum a re separatio, *dict. l.* 48. *pr. vers. denique*, *d. l.* 78. *ff. de rei vind.* At enim perceptio est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola culturæ aut curæ hic ratio habetur alioqui id etiam probandum esset in malæ fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *d. l. n.* 5. §. 1. *ff. de usur. d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* & tantum præstat possidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non est, *leg. bona fides*, 136. *de regul. jur.* Perceptio vero magis est causa sine qua non.

Quæsitum autem est, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquisitione mutet, an vero omnes indistincte ad eam pertineant. Fructum a ferendo dictum esse scribit Varro, *lib.* 4. *de ling. lat.* ut sit id omne, quod res fert. Nostri autem cum generalibus loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc proprie fructus non sunt, *leg. si naves*, 62. *ff. de rei vind. leg. usuræ*, 131. *ff. de verb. sign.* in fructus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *leg. usuræ*, 34. *l. prædiorum*, 36. *ff. de usur. leg. mercedes*, 29. *ff. de hæred. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *dict. l.* 62. *de rei vind. l. ancillarum*, 27. §. 1. & 3. *leg. seqq. ff. de hæred. pet.* Cæterum de

iſto genere hic non quæritur. Fructus naturales ſunt, quos natura ex re ipſa producit. Et horum quidam ſe-pe ſolo naturæ beneficio & αὐτομάτως, ſponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. aut natura quidem adjutrice; cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujuſmodi ſunt, ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, item fructus pecudum: quippe quæ ſine cura & cultu hominum ſalva eſſe non poſſunt. Illos naturales in ſpecie, hos induſtriales, Interpretes appellavecunt, propterea quod niſi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura atque induſtria hominis interveniat, ſola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benef.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non a primo uſque ad extremum æqualis cura proſequitur*. Petita autem eſt hæc diſtinctio ex *l. fructus*, 45. *ff. de uſur.* atque evidenti ratione nixa eſt. Hoc igitur quæritur, an fructus tam naturales, ſic in ſpecie dicti, ad hanc acquiſitionem pertineant, & percepti bonæ fidei poſſeſſoris fiant, quam induſtriales, de quibus nulla hic controverſia? Ego in ea ſententia ſemper fui, ut exiſtimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare, bonæque fidei poſſeſſorem non minus fructus naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos facere. Rationes hæ ſunt: 1. Quia generaliter & ſine ulla fructuum diſtinctione loquitur Imperator *d. §. ſi quis a non domino*, 35. item Juriconſulti in *d. l. bonæ fidei*, 84. *ff. de acq. rer. dom. l.* 23. *ff. quib. mod. uſuſr. am. l. ſi ejus*, 78. *ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Caji in *l. in pecudum*, 27. *ff. de uſur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in uſu ſunt, & ipſa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *leg.* 23. *ff. quib. mod. uſuſr. am. l. ſi ejus*; 78. *ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta ſive excuſſa eſt, & fœnum, ſimul atque exſum & a ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri expreſſe traditum eſt. At olea vel maxime fructus naturalis eſt, quippe quam nec raſtros deſiderare, aut falcem ullamve curam teſtantur Virgilius *lib.* 2. *Georg.* Plinius *lib.* 15. *nat. hiſt. cap.* 1. Fœnum autem quin fructus quoque naturalis ſit, & ſponta-neus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo quod de fructibus conſumptis traditur, dominum de his agere non poſſe, ſed poſſeſſorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipſos, quos percipiendo interim ſuos fecerat, *d. §.* 35. *Inſtit. de rer. div. §.* 2. *Inſtit. de offic. jud. l.* 4. *§.* 2. *ff. fin. reg. l. certum*, 22. *Cod. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur conſumptos, omnes quoque perceptos ſuos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. leg.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* ubi ſic ſcribit: *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt*. Gloſſa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *ſed omnes*, reſtringunt ad fructus induſtriales, qui alterius quam bonæ fidei poſſeſſoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum eſt. Quis enim non videt, verbum *omnes* a juriſconſulto non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque deſignari fructus diverſi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire? Quod ipſum evincit & ratio, quam mox ſubjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene ſit*, quam eandem rationem & Julianus affert, *l. qui ſcit*, 25. §. 1. *ff. de uſur.* cui & illud ſimile, quod idem Julianus ibidem ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſoli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam ſeminis, ex quo oriuntur, ſpectari: unde apparet, induſtriam aut operam non eſſe ex ea causam hujus acquiſitionis principalem; nam ſi jure ſoli fructus a bonæ fidei poſſeſſore percipiuntur, utique omnes qui in ſolo naſcuntur, etiam ea quæ ἀπογεννᾶται ἢ ἀνίεται ad hanc perceptionem & acquiſitionem pertinent, ejuſdemque omnes in hac cauſa conditionis ſunt: Poſtremo ſi bonæ fidei poſſeſſor ſibi acquirit fructus etiam ab alio ſatos, in quos ipſe neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis ſuos faciet naturales, qui cura illius, ſi non naſcuntur, ſaltem conſerventur?

Objicitur huic ſententiæ, *d. §. ſi quis a non domino*, 35. *Inſt. de rer. diviſ.* ubi Juſtinianus ait, placuiſſe fructus perceptos fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura. Reſpondeo, vix ulla res eſt, quæ ſine cultura & cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ putantur, arbores, vites, ut omnibus notum eſt. Oleæ quoque arrodeti & interradi gaudent, teſte Plinio *lib.* 15. *cap.* 1. Sed & ſi qui fructus ſine cultu aut procuratione humana proveniant ſylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres, nihilo tamen minus ad hanc acquiſitionem pertinent. Nam, ut ſupradiximus, præcipua, & adæquata hujus acquiſitionis cauſa eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tamquam alter quidem dominus jure ſoli fructus percipiat, cui conſequens eſt, ut percipiendo ſuos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, *vel* αὐτομάτως, ſive ſpontaneos, qui in ſpecie naturales ab Interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus ſine cultura aut jura non proveniant, ratio hæc a Juſtiniano expreſſa eſt.

Maxime autem huic ſententiæ obſtare putatus locus Pomponii in *leg. fructus*, 45. *ff. de uſur.* Verba Pomponii hæc ſunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit: illos tamen, quos ſibi operis acquiſierit, veluti ſerendo: nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva ceciderit, non ſit ejus; ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcitur*. Et hoc loco ſatis perſpicue probari credunt plerique Interpretes, fructus naturales, id eſt, ſponcaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei poſſeſſoris non naſcuntur, ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Juriſconſultus? Non cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris fieri fructus, qui ex facto ejus non naſcuntur. Ne hoc quidem nos negamus, ſed hoc dicimus, eum poſſeſſorem bonæ fidei, qui ex juſta cauſa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum eſſe putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos ſuos facere: Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei poſſeſſoris tales fructus fieri, ſed non cujuslibet; quam enuntiationem non eſſe generalem, ſed particularem oſtendit non particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Qui dicit: Non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite faretur alicui hoc contingere, & cum idem Pomponius *l.* 6. *pr. ff. de contr. empt.* ait non cujuſcumque rei venditionem aut alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam, nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed

sed quarundam duntaxat rerum non esse, nempe, earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum esse *d. l. 6. pr. l. si emptione*, 34. §. 12 *ff. eod.* igitur in hac enunciatione: *Non omnis, aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*; cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei possessores censere: & tacite duo genera ejusmodi possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonæ fidei possessor fructus omnes percipiendo suos facit; sed is solum, qui justo titulo possidet causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis prosit, contra *leg. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. fact. ign.* & interdum nullos, *l. 13. pr. de cond. ind.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo daret, etsi in jure errat, *leg. sed & si*, 25. §. *scire*, 6. *ff. de hæred. pet. l. ubi lex*, 14. *l. si fur*, 32. §. 1. *ff. de usuc.* nec sequitur, injuste possidet, sed titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienari possidet injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem esse minoris aut in jure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit, *leg. 2. Cod. si quis ign. rem. min.* Talis enim est possessor fundi dotalis a marito alienati, item rei litigiosæ, & qui a falso tutore emit, *leg. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *leg. ubi lex*, 24. *de usuc. leg. bona fides*, 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, *dict. l. 25. §. consuluit*, 11. *de hæred. pet.* item in casu *l. si fructus*, 8. *C. de donat. inp. vir. & uxor.* & denique, qui ex ea causa possidet quæ postea ad non causam redacta est, *leg. 3. ff. de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum verba Pomponii, *sicuti nec cujuslibet*, &c. accipienda sunt; quippe qui & soli similes sunt conjugi rem a conjuge donatam possidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jura non censentur. In eo autem dissimilitudo est, quod conjux fructus industriales quos percepit, restituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *leg. de fructibus*, 17. *de don. inter vir.* sed etiam volente conjuge percepit: cæteri nisi fructus consumpti sint teneantur de quo uberius *quæst. seq. vid.* Ant. Fab. 4. *conj.* 17. Pinell. *in l. 2. C. de rescind. vend. p. 2. c. 4. n.* 60. Fachin. 1. *contr.* 37. Timæ. Fab. *disp. anni.* 14. *Thes.* 4. Bronch. *centr.* 3. *assert.* 78. Vult. *disc. schol. c. ult.* Paul. Bus. *ad d. l.* 45. Tulden. *ad d. §.* 35. *Inst. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxim attinet. Groenew. *in ll. abrog. ad l. certum*, 22. *C. de rei vind.* Pinell. *d. loc.* Cyprian. Reg. *ad d. §.* 35.

CAPUT XXVI.

An bonæ fidei possessor fructus omnes, quos percepit, domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

SUperiore capite satis abundeque probavimus bonæ fidei possessorem justo titulo subnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Videndum porro an quos ita percipiendo suos fecit & semel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante retinere possit? an vero omnes & quosdam restituere teneatur? In hac quoque quæstione concedo in sententiam *non omnium*, distinguentium inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonæ fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucretur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendentibus; id est, qui nondum a solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur, & restituendi sunt, *leg. fructus*, 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id est, separatis quidem a re, qua tenebantur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes sine distinctione restituendos esse multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse §. *si quis*, 35. *Inst. de rer. div.* §. 2. *Inst. de offic. jud.* & Paulus *leg. 4. §. 2. ff. fin. reg.* bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonæ fidei possessor eosdem fructus quos percepit & percipiendo suos interim fecit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industriales, quam naturales, quoniam vel maxime & citra controversiam industriales ad acquisitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiæ argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in *l. certum*, 22. *C. de rei vind.* ubi sic rescribunt Imperatores; *Certum est malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare, bonæ fidei vero extantes; post autem litis contestationem, universos*; neque possis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc non admittit hujus verbi usus, utique vel ipso Donello fatente, naturales, licet a solo sint separati, restituendi sunt. Atque hæc causa est, cur Africanus in *l. quæsitum*, 50. *ff. de acq. rer. dom.* scribat, bonæ fidei possessores consumptos demum suos facere, & Paulus *l. 4. §. lana ovium*, 19. *ff. de usucap.* consumptos vel usucaptos, nimirum quia hi soli re evicta non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei possessorem fructus omnes, quos percepit, tam industriales quam naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum e converso omnes consumptos tam naturales, quam industriales lucratur. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei a conjuge sibi donatæ, quamvis adhuc exrent: nam ut præcedenti capite dictum est, in hanc rationem abit, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris,

idque jure publico permittente hoſce fructus ſibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obſtare videbatur, quod ſola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris: nam ſi hoc verum eſt, falſum eſt eos demum bonæ fidei poſſeſſoris fieri conſumptione. Reſpondeo falſum eſſe, ſi hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed ſciendum eſt geminam eſſe dominii acquiſitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat: quale eſt jus mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit: Item hæredis in re ſub conditione legata, *l. non ideo*, 66. *ff. de rei vind. l. generaliter*, 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* Et tale quoque in propoſito eſt jus bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis nec dum conſumptis fructibus uſque ad evictionem. Nimirum cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides, quippe quæ efficit, ut poſſeſſor perinde quaſi dominus jure ſuli fructus ſuos faciat, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente & rem ſuam vindicante, jam cauſa illa & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis ſeu litis conteſtatæ extant, officio judicis reſtituere. Neque enim ſublato jure, quod in ſolo habet, ſola ratio culturæ & curæ eum defendere poteſt, ut fructus retineat: ſed ad hoc ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet & conſequatur, ut dominus aut pretium ejus quod impenſum eſt, ſolvat: ſin minus: patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, & pro illis partem fructuum poſſeſſorem retinere, *arg. l. ſi a domino*, 36. §. *ult. de hær. pet.*

Innuit hoc ipſum non obſcure Paulus Juriſconſultus in *leg. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ex re aliena percipiendo ſuos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam procul dubio ob cauſam quam ut ne quis credat ſola perceptione hic fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris, ut numquam poſtea ſint reſtituendi rei domino. Quod ſi quis putet fruſtra id conſtitutum eſſe, quaſi illa perceptio & fructuum interim acquiſitio nil commodi afferat poſſeſſori, eo quod utique ſi adhuc extent domino rem ſuam petenti reſtituendi ſunt, is ſciat & bonæ fidei rationem hoc exigere, *leg. qui ſcit*, 25. §. 1. *ff. de uſur. l. bona fides*, 136. *ff. de reg. jur.* nec ſine effectu eſſe. Prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi fructus ab alio percepti ſint aut ab alio poſſideantur, eos tamquam ſuos vindicare poſſit tribuique ei jus fructibus pro arbitrio ſuo utendi, eoſque pro neceſſitate aut utilitate ſua familiæ ſuæ diſtrahendi aut conſumendi; cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem ſuam evincenti conſumptorum nomine teneatur, quorum alioqui æſtimationem præſtare deberet.

Plus negotii facit reſponſum Caji in *leg. in pecudum*, 26. *pr. ff. de uſur.* ubi Juriſconſultus ait, quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii. Quod autem ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt dici conſumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo reſpondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei poſſeſſorem fructuum ſimul ut percepti ſunt ſtatim dominum fieri pleno jure aut in ſolidum, non continuo negare jus illud ex cauſa eſſe revocabile: neque de eo laborare debuit Cajus in *dict. l. pecudum* in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non eſt, & ideo uſucapione demum acquirunt, *d. l. in pecudum*, §. 1. Sic idem Juriſconſultus in *leg. generaliter*, 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* ait, ſervum ſub conditione legatum, pendente conditione pleno jure hæredis eſſe: quem tamen conſtet exiſtente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Si denique emptio facta lege commiſſoria perfecta & plena eſt, licet, conditione deficiente reſolvatur, *leg. 1. ff. de leg. commiſſ.* Illud non magni ponderis eſt, quod dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem jus habere, quod dominis prædiorum eſt, & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *dict. l. qui ſcit*, 25. §. 1. *de uſur.* Nam ſi hoc ſimpliciter verum eſſet, ne naturales quidem fructus extantes reſtitueret, quos tamen eſſe reſtituendos inter omnes convenit. Et loquitur expreſſe Juriſconſultus de jure fructus a initio acquirendi. Paulus in *leg. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei poſſeſſore loquens caute addidit particulam *pene*: quia, inquit: quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.

Porro quemadmodum bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes extantes reſtituere debet, ut dictum & plene probatum eſt, ita ex contrario eorum nomine quos conſumpſit, cujuſcumque ſint generis, non tenetur, nec ullos reſtituit, quod & ipſum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur etiam ab iis, qui hactenus idem nobiſcum ſentiunt; an non ſaltem bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum conſumptorum tenetur, quatenus ex iis factus eſt locupletior? Et verius eſt eum non teneri. Ratio eſt, quia non alienos, ſed ſuos conſumpſit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non poteſt dici rem domini ad eum perveniſſe; eumve ex re aliena locupletatum, *l. 1. §. 2. ff. de pignor.* Quod ſi legum quæritur auctoritas; textus omnes qui de conſumptis fructibus loquuntur, generaliter & ſine ulla reſtrictione negant horum nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri. Imperatores in *leg. certum*, 22. *Cod. de rei vindic.* ajunt bonæ fidei poſſeſſorem extantes duntaxat præſtare ſolere, quaſi de conſumptis inquirendum non ſit. Paulus *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* ait poſſeſſorem fructuus, quos bona fide percepit & conſumpſit, lucrari oportere, quod utique falſum eſſet, ſi eos quatenus locupletior factus ſit teneretur reſtituere, nemo enim ſine lucro locupletari poteſt. At hoc, quod bene notandum eſt, tantum tribuit bonæ fidei poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio, auctore eodem Paulo in *leg. 4. lana*, 19. *ff. de uſuc.* at uſucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen hic nobis ſcrupulus aliquis ex *l. ſed.*, & 25. §. *conſuluit*, 11. *leg. illud quoque*, 40. §. 1. *ff. de hær. pet.* qui ſcrupulus prius quam hinc diſcendamus, evellendus eſt. Quid igitur locis iſtis repetitur quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei poſſeſſorem teneri, in quo factus locupletior. Item in reſtitutione hæreditatis venire fructus tamquam hæreditatis argumenta, per quos poſſeſſor locupletior factus eſt. Reſpondemus, non eadem eſt in quæſtione propoſita judicii univerſalis, quod & perſonales præſtationes habet, & ſingularum rerum petitionis ratio. Poſſeſſor hæreditatis nec ab initio fructus percipiendo ſuos facit, nec poſtea conſumendo lucratur: ſed ſtatim ubi ab eo percepti ſunt, in numerum

Digitized by Google

rum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipſamque augent hæreditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipſa corpora hæreditaria & fructus petantur, atque in reſtitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt*, 20. §. 3. *ff. de hæred. petit.* quæ omnia ſecus ſe habere conſtat in vindicatione rerum ſingularum. Nimirum cum is, qui pro hærede poſſit, ex falſa cauſa poſſideat, viſum eſt ſenatui, non ultra poſſeſſori hæreditatis conſulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei conſulitur, qui teneretur conditione indebiti, *l. indebiti*, 13. *ff. de cond. indeb.* unde ex contrario etiam mitius quo caſum eum tractari voluit, ſcilicet ut ſi quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum ſuâ re abuti putat, non teneatur, *d. l. ſed & ſi*, §. *conſuluit*, *ff. de hær. pet.* vide præter allegatos *cap. præc.* Joan. a Sande *lib. 3. rer. jud. cap. 15. defin. 1.* ubi in Friſia ſic judicatum refert, Nicol. Tulden. *in annot. ad praxim. crim.* Damhoud. *cap. 104. n. 13.* Pinell. *ubi ſupr. c. præc.* ubi ait, nunc ubique fere tantum ſervari formam, *l. 22. C. de rei vind.* in fructibus a bonæ fidei poſſeſſore perceptis poſt litis contestationem: eorum qui ante percepti ſunt, ſive conſumpti ſint, ſive adhuc extent, ſive ex iis locupletior poſſeſſor factus ſive non, rationem non haberi, inſuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

CAPUT XXVII.

An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆc quæſtio minus trita & vulgaris, quam duæ ſuperiores: ad cujus deciſionem antequam perveniamus, more noſtro præcurſionem quamdam adhibemus. Actio Publiciana eſt actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex juſta cauſa ſibi traditam a non domino bona fide accepit, ſi ejus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit, §. 4. *Inſtit. de action.* Eſt actio in rem Prætoria: nam jure civili nulla niſi rei ſuæ vindicatio, *dict.* §. 4. juſta cauſa eſt, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem tranſiret, quod intellectum eſt ex verbis edicti, *& nondum uſucapium petet. l. 1. ff. de Publ. in rem. act.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit: non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium tranſferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit, *Inſtit. de uſucap. in princ.* cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *dict. l. 1. §. ult. & leg. ſeqq.* Bona fide accepiſſe intelligitur, qui eum a quo rem accepit, aut dominum eſſe putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe, *l. bonæ fidei*, 109. *ff. de verb. ſign.* Traditionem latius hic accepimus, ut etiam rerum incorporalium quaſi traditio contineatur, uſus nimirum accipientis & patientia conſtituentis: nam & uſusfructus & ſervitutum conſtitutarum nomine Publiciana competit, *leg. ſi ego*, 11. §. 11. *ff. de Public. in rem act.* Nec dubitandum, quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam ſufficiat etiam ficta traditio; cujus multæ ſunt ſpecies & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appoſitionem cuſtodis, &c. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum uſu cepit, *d. l. 1. §. cod.* Ubi, Ulpianus ait, res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem, nec deſiderare honorariam, quamquam nec ipſi domino Publiciana deneganda, ſi forte cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione, tamquam remedio expeditiore, ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſa quæſtione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii. Quin & uſu forenſi receptum eſt, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari aut alternatim proponi poſſit, id eſt, res peti jure dominii vel quaſi dominii. Oldendorp. *claſſ. 3. act.* Mynſing. *ad §. 4. Inſt. de act. num. 62.* Gail. 1. *obſ. 62. num. 5.* Atque hæc quidem *de iis περιόδῳ*. Tranſgrediamur nunc ad quæſtionem propoſitam.

Igitur, ſicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus ſit, rem vel vere vel ficte traditam eſſe oportet: nam cum nec ſine traditione poſſeſſio tranſferri: nec ſine poſſeſſione uſucapio procedere poſſit, *leg. 25. ff. de uſucap.* conſequens eſt nec poſſe colorem quæſiti per uſucapionem dominii præterea, ubi res tradita non eſt. Quid ergo, an non licebit ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etſi regulariter & jure gentium dominia rerum ſine traditione non transferuntur, *leg. traditionibus*, 20. *C. de pact.* §. *per traditionem*, 40. *Inſt. de rer. div.* jure tamen civili quibuſdam ex cauſis etiam ſine traditione, veluti additione hæreditatis, reſtitutione fideicommiſſi univerſalis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati, fideicommiſſi ſpecialis, donatione mortis cauſa, venditione aut donatione facta civitati, Eccleſiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publice comparatis, *l. 23. §. 1. C. de Sacroſ. Eccl.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam eſſe ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui reſtitutam hæreditatem, quæritur an is Publiciana experiri poſſit, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem? Negat D. Bachovius *diſp. 3. de act. theſ.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil eſſe, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, niſi ei, qui uſucapere cœpit: adeo, inquit, ut auctore in *dict.* §. 4. *num.* 17. argumentum ab uſucapione ad Publicianam, & contra affirmative & negative procedat: uſucapio autem ſine poſſeſſione non contingit, *l. 25. ff. de uſuc.* ac proinde, inquit, ceſſat in caſu propoſito color dominii per uſucapionem acquiſiti, quod ſit eſſentiale hujus actionis requiſitum, ut ſcilicet actor intendat ſe uſucepiſſe: quod utique prætendere non poſſit ubi res tradita non eſt, neque poſſeſſio translata. Hoc amplius, inquit, etſi DD. vulgo exiſtimant quoad effectum transferendi dominii, ſufficere rem traditam eſſe, licet vacua rei poſſeſſio tradita non ſit, neminem tamen eſſe, qui non ſtatuat, opus eſſe vacuæ poſſeſſionis traditione ut procedat uſucapio.

Ego vero totum hoc ad eas duntaxat ſpecies pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehenſione poſſeſſionis eſt opus: edictumque conceptum eſſe de eo, quod *vel re vel novo* accedit. Quibus autem ex cauſis dominium adipiſcimur, etiam, antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea agi poſſe, ex ſententia ſcilicet & ratione edi-

edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit, *l.* 7. §. 1. *Publiciana*, 8. *ff. de Public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ in rei vindicatione, ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro res a vero domino legata, aut vere hæreditaria fuisset, legatario aut hæredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiamsi possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res a non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hæreditatis restitutæ, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc differte responsum est de eo cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *leg. cum sponsus*, 12. §. 2. *dict. tit.* item de domino, cujus servus cum in fuga esset, rem a non domino emit, *leg. si servus*, 15. *eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit, *dict. l.* 25. *ff. de usucap.* apparet prætensionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse nisi qui fuerit in conditione usucapiendi. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amisit, dicere, eam rem se usucepisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Non dicet igitur expresse se rem usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis sua intentione complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide, verbi causa, emisse a Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse, petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucepisset. In casus ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse erexit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet, quibus casibus cum Publicianæ locus sic usucapione non inchoata *dict. l.* 12. §. 1. *d. l.* 15. *de Publ. in rem act.* dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Hæc olim fuit Petri de Bellapertica opinio, probata Jo. Fabro in §. 3. *Inst. eod. num.* 4. & 14.

CAPUT XXVIII.

Ususfructus sine dividuus an individuus?

QUæstio hæc non tantum ad usumfructum pertinet, sed etiam ad cæteras res incorporales: puta hæreditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prædiorum & nudo usu, quæ individua esse apud omnes in confesso est. Dividuum nostris est, quod dividi potest sive in partes numero discretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: sive in partes corporum ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione, veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si dividas, inquit Cæcilius apud Macrobium, nec tu nec socius habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujusque naturam accommodata, *leg.* 9. §. 1. *ff. de solut.* Cum enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & inter se confusas, ac intellectu magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente: verbi causa, cum dicimus Titium & Sempronium ejusdem rei esse dominos, rem divisam in partes esse significamus, quarum unam Titium, alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter separatæ non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem a parte socii sui discretam ostendere, *leg.* 5. *ff. de stipul. servor. leg. Mævius*, 66. §. 2. *ff. de legat.* 2. Atque hæ partes propria appellatione partium continentur: quia cum divisio ac separatio corporalis sit, jam non amplius uno corpore tenentur; sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & eorum quiddam verius, quam pars sunt: verbi causa, si fundus in parte pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt, *leg. velle*, 25. §. 1. *ff. de verb. sign. leg.* 6. §. 1. *ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ, nihil tamen prohibet quominus etiam res incorporales, modo tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectu in partes pro indiviso secernantur, ut non ex eo, quod sua natura dividuitas in his æstimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisim percipitur: cum in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hæreditas, obligatio & petitio cujusque rei dividuæ, ususfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interest inter res pleraque mobiles, puta servum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipso dividi pro partibus divisis, & ita corrumpi possunt: at hæc, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam facto ipso dividi possunt. Ea, quæ in nominibus sunt, in judicio familiæ erciscundæ non dividi, cum ipso jure in portiones hæreditatis ex lege duodecim tabularum divisa sint, legimus in *l.* 6. *C. famil. erciscc.* De hæreditate, nisi testator aliter diviserit, eam distribui in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, §. *hæreditas*, 5. *Instit. de hæred. instit. l.* 11. §. 1. *ff. eod. ad d. l.* 1. §. 1. 3. & 4. *ff. si pars hæred. petit.* De usufructu, de quo hic ex professo, eum pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti, *l.* 3. *ff. de usufruct.* pro parte nos frui posse, uti non posse, *l. usus*, 19. *ff. de usu & habit.* usumfructum dividi posse, nec sicut cæteræ servitutes individuæ sunt, ita & ipsum individuum esse, *l.* 1. §. *si ususfruct.* 9. *ff. ad l. Falcid.* Usumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia divisionem recipit: adeo ut si duobus legatus fuerit, ipso jure ad singulas partes pertineant, *leg. si ususfructus*, 81. *ff. eod. tit.* Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem usumfructum conjunctis aut concursu partes fiunt; aut deficientium partes conjunctis accrescunt; *text. tit. ff. de usufruct. accresc.* Nec putandum est usumfructum dici dividuum tantum respectu partium fundi fructuarii: possunt enim in eodem fundo indiviso partes ususfructus diversæ a diversis haberi; & cum in judiciis divisoriis cautionibus

bus interpoſitis, qualiter fruantur, a communione diſceditur, aut cum per legem Falcidiam uſusfructus minuitur, non ideo fundus in plures partes minutiores diſpeſcitur, *leg. ſi cujus*, 13. §. 3. *ff. de uſufr. l.* 7. §. *cum de uſufr.* 10. *ff. comm. divid. leg. &* 16. *puto*, *princ. ff. famil. erciſc.* Cum igitur ſervitutes prædiorum individuæ, *leg. viæ*, 17. *ff. de ſervit. leg.* 1. §. *ſi uſusfructus*, 9. *ff. ad leg. Falcid. leg. ſtipulationes non dividuntur*, 72. *ff. de verb. obligat.* Reſpond. hoc non ex eo eſt, quod ſunt res incorporales, ne quis erret; ſed quia in ſolo uſu conſiſtunt; & ſolo ſervitute utentis facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi poſſit. Uſusfructus autem dividuus eſt, quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat, *leg. unic. ff. quand. dies uſusfruct. leg.* facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relioquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, qui fructus cum dividi poſſint, etiam jus eorum percipiendorum, dividuum habetur: quamvis ipſius juris oulla ſit phyſica diviſio. Recipiunt quidem & prædiorum ſervitutes diviſionem per tempora, ſed ita uſus ſervitutum non dividitur, ſed per intervalla diſtinguitur, ut nihilominus tota ſemper utamur ſervitute, *leg.* 5. §. 1. *ff. de ſervit.* & eſt tantum modus adjectus toti ſive uſui totius, *leg. arbor*, 19. §. *ultim. ff. commun. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis uſumfructum, quam uſum dividuum dici poſſe, cum uſus, ut diſputat Hotomannus *illuſt. quæſt.* 20. ſit pars homogenea uſusfructus, uſus autem cujuſque ſemper in ſolidum eſt, *leg. uſus*, 19. *ff. de uſu & habit. l.* 3. §. *ultim. ff. commod.* Sed falſum eſt, quod Hotomannus aſſumit, uſum formaiem ſive ſeparatum partem eſſe ſive homogeneam ſive heterogeneam uſusfructus: & partium illa in ſimilares & diſſimilares diſtinctio, propria eſt partium diſtinctio.

Ex contratio putaverit aliquis non minus uſum quam uſumfructum dividuum eſſe, & partes pro individuo recipere, quoniam uſus nihil aliud ſit, quam parvus quidem uſusfructus. Sed & hoc quoque falſum eſt: nam uſusfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi poteſt, uſus ſolos eos fructus, qui neceſſitati utentis ſufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures ſimul, quiſque a ſuam neceſſitatem, & tamen pro parte re utantur. In uſufructu oulla habetur ratio neceſſitatis fructuarii, ſed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire poſſunt, nam fruimur etiam ad compendium: in uſu vero non ad fructus reſpicitur, ſed tantum ad indigentiam perſonæ uſuarii, cujus ſolo facto & conſumptione uſus terminatur, nihil relinquens quod dividi poſſit: in quo uſus ſimilis ſervitutibus prædiorum. Plures in eumdem uſumfructum conjungi poſſunt, in eumdem uſum plures conjungi non poſſunt: qua enim ratione uſus diviſionem non recipit, eadem non recipit communionem. Hinc eſt, quod uſus admiſſus ſemper ad propsietatem redit, uſusfructus amiſſus ad conjunctam, *tit. ff. de uſur. accreſc.*

Exemplo res fiet illuſtrior. Ponamus ſylvæ amplæ & copioſæ uſum tribus perſonis legatum eſſe quæ vel decem ſatis lignorum ad rei familiaris uſum ſuppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (diviſas) unius uſus, ſed pro ſe quiſque uſum ſolidum & diſtinctum. Contra eſt, ſi hunc uſumfructum pluribus legatum eſſe ponamus. Nam unius rei poſſunt plures eſſe uſus, quia nihil impedit, quominus quiſque, verbi cauſa, tantum lignorum cædat, quantum ei ſufficiat ad uſum & conſumptionem quotidianam. Uſusfructus autem non niſi unus ejuſdem rei eſſe poteſt, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in ſolidum fruantur, & ſinguli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi uſusfructus duobus legatus ſit; equus locari poteſt & penſio inter utrumque dividi, *leg.* 7. §. *cum de*, 10. *ff. commun. divid.* Si uſus equi legatus, locati nequit, ſed tantum uterque ad ſuam neceſſitatem equo uti poteſt. Quod ſi uterque eodem tempore indigeant ad negotia ſua, arguret eos in uſu concurrere non poſſe; nec ita igitur res transigetur, ut *dict. leg.* 7. §. 10. ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adjudicari, & hanc alteri in præſtationem æſtimationis partis condemnari, *leg. item*, 10. §. 1. *ff. dict. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi, *arg. leg. arbor*, 19. §. *ultim. ff. eod.* Atque hoc ita propter neceſſitatem, *dict. leg.* 10. §. 1. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *leg. ſi cum duorum*, 32. *ff. de ſtip. ſerv.* Non obſtat, quod apud Ulpianum legimus, ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu, *leg. per ſervum*, 14. §. 2. *ff. de uſu & habit.* quoniam in tali ſpecie ita concurrit cum uſuario fructuarius, ut percipiat, quod uſuario ſupererit; & ipſe interim etiam fruendi cauſa uſum cauſalem, qui fructui ſemper ineſt, *leg. ſi alii*, 42. *junct. d. leg.* 14. §. 1. *ff. eod.* Quod vero generaliter traditum eſt in *leg. ſtipulatione*, 71. *ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, cæteraſque ſervitutes diviſionem non recipere, id ad uſumfructum non pertinet, ſed eo ſenſu dictum eſt, quo ſervitutes prædiorum per excellentiam abſolute ita nominatur, §. *ult. Inſt. de uſu & habit. leg.* 4. *& paſſim. ff. de ſervit.* DD. comm. *ad dict. leg.* 72. *& ad leg.* 2. *ff. de verb. oblig.* Gomez. 2. *reſol.* 10. *num.* 18. Caſtill. *tract. de uſufruct.* 31. diſſentit Hotomann. *quæſt. illuſtr. cap.* 20. cujus objectionibus facile ex iis, quæ a nobis diſputata ſunt, occurri poteſt.

CAPUT XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?

JUs eſt uſufructuario rebus alienis utendi, fruendi, ſed ſalva rerum ſubſtantia, id eſt, dum ita utatur fruatur, ut rem ſalvam ſervet domino. Quaptopter, ut dominus ſecurus eſſe poſſit de proprietate, deſidetante eo fructuarius cavere cogitur, & uſutum ſe boni viri arbitratu, & eum uſufructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit, *l.* 1. *& tot. tit. uſufr. quemadm. cav.* quæ cautio ſatisdatio eſt, id eſt, cavere debet fructuarius datis fidejuſſoribus, *l.* 13. *princ. ff. de uſufr. l.* 4. *Cod. eod.* habet autem iſta ſtipulatio duas cauſas, propter quas interponitur, unam de uſu, alteram de teſtitutione; quarum prior ſæpius committi poteſt, quoties nimirum alirer utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: poſterior ſemel duntaxat, uſufructu ſcilicet quoquomodo definito, *d. leg.* 1. §. *pen. uſufr. quemadm. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium, *d. l.* 13. *ff. de uſufr. d. l.* 1. §. 1. *&* 2: *l.* 9. §. 1. *ff. uſufr. quem cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l.* 6. *non autem l. ult.* §. 4. *in fin. Cod. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ pa-

terunæ ; item eo , cui usufructu pure legato proprietas ex die debetur ex dicti nimirum sententia , quia certum est proprietatem ad eum perventuram, l. 9. §. *ult. ff. usufr. quem cav.* Interpretes & fiscum excipiunt , & donatorem omnium vel etiam partis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet, per *leg.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos* 19. §. 1. *ff. de re jud.* Sed & in quasi usufructu cautio a fructuario præstanda , (& ipsa satisdatio est) nimirum se eum morietur aut capite minuetur restituturum non eadem quidem corpora , quæ accepit , quod iis consumptis fieri non potest , sed tantundem , aut eorum æstimationem , §. 2. *Instit. de usufr. l. 7. ff. de us. ear. rer. quæ us. cons.* nam clausula de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum pertinere non potest , ut recte Castillo *tract. de usufr. c. 25. n. 13.* In utroque autem usufructu & vero & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur , ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. Cod. ut in poss. legat. l. 1. Cod. de usufr. l. 6. ff. ut in poss. legat.* Gail. 2. *ob.* 145. Castill. *d. tract.* c. 15. *post DD. in d. l. & d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta a testatore non vitiari legatum ipsum ususfructus , sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblata usumfructum petere posse , *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. Cod. de usufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *resol. ad Instit. lib. 2. tract. 2. quæst.* 26. idque duplici , sed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum est ex *leg. 7. pr. ff. usufr. quem cav.* ubi Jurisconsultus ait , si res ususfructus nomine non exacta satisdatione tradita sit, posse hæredem rem vindicare , & si objiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita , replicandum esse. Respondeo primum , idem obtinere , & si testator cautionem non remisit , neque ullum in eo textu verbum extare , unde colligi possit , de eo casu loqui Jurisconsultum , quo cautio remissa est. Sententia Jurisconsulti minime obscura , sed plana est , nempe si hæres forte per oblivionem cautionis non exacta rem fructuariam tradidit posse eum rem vindicare , & excipientem legatarium de re ususfructus nomine tradita , nisi paratus sit satisdare , replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii est , quia quicquid contra legem fit , ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse , quod contra legem fit , sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usumfructum , sed contra legem facit remittendo cautionem : quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fatemur. Sic etsi donatio quæ summam quingentorum solidorum excedens actis insinuata non est contra legem fiat , non tamen ideo in totum irrita est , sed tantum quatenus legitimum modum excedit , *l. sancimus* 34. *Cod. de donat.* Cæterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariæ pertineat , quod vulgo traditur , cautionem illam a testatore remitti non posse , merito dubites , in quasi usufructu , quoniam proprietas transit in fructuarium , nec fructuarius præstet cautionem de re boni viri arbitratu utenda , & finito usufructu restituenda ipsa re , sed tantum de restituenda tantundem ; non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda , *l. 6. ff. ut in poss. leg. 1. Cod. de usufr.* Ratio est , ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius , quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat , sed personalem duntaxat ; scilicet quantitatis condictionem , *l. 5. §. 1. ff. de usuf. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit , si finito usufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio usufructu , cum cautio ad hæc duo pertineat , primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur ; deinde ut rem finito usufructu restituat , hic primam quidem cautionem remittere non potest , *l. pen. Cod. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis meru invitaretur ad delinquendum in re aliena , quod fieri non debet , *arg. l. si unus* 27. §. 3. *ff. de pact.* tum etiam quia hic hæres quidem habiturus est actionem contra fructuarium , ubi res negligentia ejus deterior facta est , *l. 13. §. 2. vers. denique ff. de usufr.* cæterum quæ hæredi inutilis futura , si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit . At probabiliter defendi potest , testatorem posse remittere cautionem de re restituenda : quia etsi ea omissa sit , habet tamen proprietarius actionem in rem , qua rem ipsam finito usufructu vindicet , *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur ff. usufr. quem cav.* & sic potest testator prohibere ne legatarii , aut fideicommissarii cautionem ab hærede exigant nomine legati vel fideicommissi , *l. 1. princ. ff. ut leg. nom. cav. l. pen. Cod. ut in possess. legat.* & ideo in *d. l. penult.* non vetatur testator remittere satisdationem de re finito usufructu restituenda , sed duntaxat de utendo fruendo bono viri arbitratu. Ita memini disputare solitum virum clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAPUT XXX.

An in argumento de servitutibus prædiorum sola ædificia ad usum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda ?

Sicut prædia vel urbana sunt, vel rustica , ita & servitutes , quæ iis inhærent vel urbanorum prædiorum sunt , vel rusticorum : sic enim a subjectis servitutes distinguuntur, *l. 1. ff. de servit.* Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area , horti , rari ager , *l. fundi* 211. *ff. de verb. sign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia , etsi in villa ædificata sunt , *l. 2. ff. comm. præd.* §. 1. *Instit. de serv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent prædiorum rusticorum servitures sunt ; quæ ædificiis , prædiorum urbanorum : distinctione scilicet non a loco sumpta , sed a materia vel genere prædii , *l. urbana* 198. *l. fundi* 211. *ff. de verb. signific.* Sunt tamen , qui a fine sumptam putant , & ea sola ædificia urbanorum prædiorum numero esse , quæ habitandi causa parata sunt : horrea autem quæ rari ædificantur , ad fructus reponendos & custodiendos , magis esse ut prædia rustica censeantur , *Capoll. de serv. urb. cap.* 11. *num.* 2. Mynsinger. Wesemb. Vult *ad* §. 1. *Instit. d. tit.* Bronch. *cent.* 1. *aff.* 95. Sed male mea quidem sententia , quod quidem ad propositam tractationem attinet . Fac enim unum e dominis , qui vicina aut contigua horrea habent , alteri , cui forte ad grana a paleis repugnanda flatu venti opus sit , cessisse servitutem altius non tollendi , aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui . Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt , non rusticæ . Quid enim interest , horreum , an aliud ædificium altius non extollatur , in parietem horrei , an in quem alium

Digitized by Google

alium tignum immittatur: In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus inoppignorando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius, *l. 2. ff. de servit. præd. rust.* licere altius tollere & officere Prætorio vicini servitutem esse prædii rustici: atqui Prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando rure est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse cæteri omnes fatentur. Resp. Neratium illic suo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet eo loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris: qua consideratione nunquam loco distinguuntur: Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis & illatis in prædium rusticum a colono, *l. 4. ff. quib. in caus. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam quæ non sunt continentibus ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio, *dict. leg. 4. §.* Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur *argum. l. urbana 198. de verb. signific.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. Cod. de adm. tut.*) prædia a fine & usu distinguuntur & rustica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificatæ: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis area pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana ff. de verbor. signific.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujac. 7. *observat.* 24. & Godd. *ad d. leg. urbana* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint loco itidem, ut prædia ipsa, distingui possunt, quod fecit Neratius, *d. l. 2. ff. de serv. præd. rust.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de serv. præd. urb. l. 6, l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pign. l. 5. §.* Et *Bell. 9. l. 14. ff. de op. nov. nunc.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ, quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata, itque contra Cæpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius bene observavit ad §. 1. *Inst. de servit. præd.* Non obstant iis quæ diximus, *l. 7. §. 1. l. iter 14. ff. commun. præd. l. servitutes 20. §. 1. ff. de serv. præd. urb.* ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod fere debetur per aream, quæ hic instar fundi habet: neque etiam ad iter, qua debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, immo magis est impedimento, Ulpian. *in leg. 11. §. ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum transductum vocat servitutem prædii urbani; quæ tamen & ipsa revera rustica est, si de vi & effectu juris, de quo supra diximus, quæritur, & servitutum distinctio non a re, quæ debet servitutem, sed ab ea, cui debetur, sumitur, *l. 1. §. & datur 43. ff. de acq. rer. dom. & act.* Denique sublato ædificio hujus modi servitus adhuc præstari potest. Sed per hoc non satisfit *arg. ex supracit. l. 20. §. 1.* ibi enim non per domum, sed ad domum debetur iter, consequenter diceretur a prædio dominante servitus urbana quæ alias est rustica.

CAPUT XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

SErvitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua usucapi non possunt, *l. servus 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. servitus 14. ff. de serv. l. si aliena 10. §. 1. ff. de usuc.* Et quamvis olim moribus sive auctoritate prudentum introducta esset servitutum in prædiis urbanis usucapio, quod in his videatur esse continua quædam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum usus non ita sit continuus, tamen quia nec urbanæ servitutes vere possidentur, lex Scribonia denuo harum usucapionem, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, sustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quam rusticorum usucapi poterint, *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. g. 10. §. 1. eod. l. 14. ff. de servit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum rusticorum servitutes non usucapiantur. 1. Quia incorporales sunt, ac proinde nec possidentur. 2. Quia earum usus non est continuus: sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum, & sola sufficit ad impediendam usucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat usucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.

Etsi autem servitutes usucapi acquiverint, id est, biennio, quo tempore olim usucapio rerum immobilium in solo Italico implebatur, acquiri: tamen potuerunt decem vel inter absentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jura impositæ utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si serv. vin. l. l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. plur. arc.* Atque eo pertinet *l. 2. Cod. de serv. & aq.* ubi Antoninus ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione, quæ non directam sed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat usucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. Cod. eod. tit.* non requi-

quitur de uſucapione ſervitutis, ſed de præſcriptione, quæ longi temporis conſuetudine vicem ſervitutis obtinet. Porro decem annorum uſu, qui pro poſſeſſione eſt, omnes ſervitutes acquiruntur, generalis enim eſt definitio *d. l. 10. ff. ſi ſerv. vind. d. l. 1. in fin. ff. de aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum eſt diſcrimen inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, quaſi illæ decem annis, hæ nonniſi tempore immemoriali præſcribantur. Quamvis enim uſus corporalis in pleriſque ſervitutibus ruſticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. leg. ſervitutes 14. ff. de ſerv.* poſſeſſio tamen earum non admittitur quamdiu animo retinetur §. *5. Inſt. de interdict. l. 3. §. ſed & 7. ff. de acq. poſſ.* Nam quod iſtis locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & eſt hujus rei argumentum in *l. 1. §. 21. ff. de itin. act. priv.* Hodie poſt transformatam a Juſtiniano uſucapionem, & uſucapionem rerum ſoli cum longi temporis præſcriptione confuſam, ſervitutes tam uſucapione, quam præſcriptione acquiri recte defendi poteſt, uſucapione videlicet Juſtinianæa, *arg. l. ult. in fin. Cod. de præſcr. long. temp. junct. l. un. Cod. de uſuc. transform.*

Exiſtimo autem, quæ & communis eſt ſententia, ſervitutes duobus modis per ſe principaliter longa quaſi poſſeſſione acquiri poſſe. Ajo per ſe principaliter, quoniam ſervitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi poſſunt, *l. 10. §. 1. ff. de uſuc.* ſed uno duntaxat modo, quo ſcilicet & ipſa ædificia: ac tum non tam ipſa ſervitus uſucapitur, quam prædium quod uſucaptum ſuæ conditiones ſequuntur, *arg. l. via 23. §. 2. ff. de ſerv. præd. ruſt. l. traditio 20. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo ſervitus per ſe longo uſu acquiritur, eſt, ſi ſervitute ex juſta cauſa ſive titulo a non domino prædii, quem tamen dominum eſſe credebamus, conſtituta per decem vel viginti annos continenter uſi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium uſucapione ſeu præſcriptione communis eſt, ac de hoc modo accipienda *l. ult. Cod. de long. temp. præſcr.* ut patet ex ipſo contextu. Et quia hic poſſeſſionis initium eſt a non domino prædii, ideo etiam titulus hic neceſſarius eſt: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec in uſucapione rerum corporalium *d. l. ult. Cod. de præſcr. long. temp.* Alter modus ſervitutum eſt proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id eſt, domino prædii ſervientis ſciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii eſt, per continuum legitimi temporis ſpatium ſervitute uſi ſimus. Nimirum quia hic initium poſſeſſionis eſt ab ipſo domino, ideo ſcientiam quidem domini, a quo poſſeſſionis initium profectum eſt, requirimus: titulum autem non item, quoniam ſi etiam titulus adeſſet, puta ſi dominus prædii mihi ſervitutem conſtituiſſet & tradidiſſet ex cauſa venditionis, donationis, &c. ſervitus ſtatim citra præſcriptionem pleno jure acquireretur per *l. nunquam 31. pr. ff. de acq. dom. §. per traditionem 40. Inſt. eod.* Ad hunc poſteriorem modum pertinet *l. ſi quis 10. ff. ſi ſerv. vind. Si quis*, inquit ibi Ulpian. *diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo: ſed utilem habet actionem, ut oſtendat per annos forte tot uſum ſe, nec vi, non clam, non precario, poſſediſſe.* Diſpliceret quidem hæc ſententia Franciſco Duareno *l. 1. d. cap. 34.* ubi verba illa Ulpiani, *non eſt ei neceſſe docere de jure quo aqua conſtituta eſt*, interpretatur de jure civili & directo, quaſi hæc ſit Juriſconſulti ſententia ei qui ita aquæductum nactus eſt, recte ſervitutem quæſitam videri, quamvis jure, id eſt, jure civili & directo non ſit conſtituta, & ob id eum non debere probare de juſta ſervitutis conſtitutione, puta eam ſibi donatam, aut legatam, &c. eſſe. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque ſententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipſe exemplo declarat, ſe verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum ſit, ac ſi dixiſſet, non eſſe utenti neceſſe docere de titulo, quo aqua conſtituta ſit. Nam ut hoc exemplo intelligamus non titulum poſſeſſionis acquiſitæ, ſed modum, quo aqua jure civili impoſita ſit, verba non patiuntur: poteſt enim ſervitus legari ab eo, qui non ſit dominus fundi, a quo ſervitutem jure conſtitutam nemo dixerit. Quod ſi a domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Juriſconſulti ſententiæ, qui quæſtionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus eſt diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione. At cui a domino prædii ſervitus legata eſt, is eam ſtatim a principio ſibi recte conſtitutam habet. Similis locus ſuperiori eſt in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. plur.* ubi idem Juriſconſultus definit, in ſervitutibus hoc nos ſequi, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, videatur is habuiſſe longa conſuetudine, veluti jure impoſitam ſervitutem, qua diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur ſervitus impoſita cum non invenitur titulus, quo eſt impoſita: nam tituli ſunt cauſæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Juriſconſultus hoc jus non ſequi in ſervitutibus, quo ſignificat hoc eſſe ſervitutum proprium; & in eo eſſe aliquid diverſum ab uſucapione, & præſcriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium eſſet ſervitutum, ſi in hac acquiſitione etiam titulum poſſeſſionis exigeremus. Ait denique longa conſuetudine ſervitutem ita acquiri, ſi quis uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut uſus ſit domino prædii ſciente: ac titulo accedente & bona fide, ignorantia domini uſucapionem ſive longi temporis præſcriptionem non impedit, *l. ult. in fin. Cod. de præſcr. long. temp.* Denique idem plane ſignificatur in *l. 2. Cod. de ſerv. & aq.* nempe *jus aquæ* ducendæ longo tempore acquiri, ſi quis per fundum ſciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non poteſt hoc ſine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam ſi eum habet a domino, ſtatim illi ſervitus quæſita eſt: ſi a non domino, procedit longi temporis præſcriptio etiam vero domino ignoranti, *d. l. ult. Cod. de long. temp. pr.* Unde etiam liquet illa Imp. Antonini verba, *in d. l. 2. ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiti*, continere duntaxat comparationem ſervitutum & rerum immobilium ratione temporis, quo per poſſeſſionem acquiruntur; non autem ſimplicem & reſpectu omnium conditionum: ut hic ſit ſenſus, quemadmodum res immobiles ſoli provincialis (loquitur enim Imp. non de uſucapione rerum ſoli Italici, quæ biennio implebatur, ſed de longi temporis præſcriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis poſſeſſione quæri poſſunt, ita poſſe & ſervitutem aquæductus acquiri, ſi quis aquam per fundum domini eo ſciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Fruſtra igitur hunc locum contra communem urget Corafius in *l. ſer-*

Digitized by Google

servitutes 14. *n.* 31. *ff. de servit.* Moveri non debemus *l. nullo* 24. *Cod. de rei vind. l. ult. Cod. de usucap. pro hærede*, aut similibus locis, quibus traditur: nullo justo titulo præcedente possidentes dominium quærere prohiberi; usucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & possessionis, & dominii, & usucapionis verba, quibus istæ sententiæ conceptæ sunt, declarant eas pertinere ad usucapionem rerum corporalium, in quas solum proprie cadit possessio, usucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam esse usucapionem, nisi justo titulo præcedente. At in servitutibus distinctio superior observanda est, ut siquidem initium possessionis servitutis profectum sit a non domino prædii, qui tamen dominus esse putabatur, etiam titulus ad servitutem tempore acquirendam desideretur, ut in usucapione rerum corporalium, *l. ult. Cod. de long. temp. præscr.* At ubi possessionis initium proficiscitur ab ipso fundi domino, qui sciens patitur nos per longi temporis spatium servitute uti, ita nos usos esse ad præscriptionem servitutis sufficit, nec titulus requiritur, immo non nisi inepte, ut supra ostendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *l. fin. ff. de aq. & aq. pluv. in servitutibus hoc non jus sequi.* &c. nimirum in servitutibus solis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipsis prædiis. Ne quis autem captet, quod supra diximus, scientiam & patientiam domini in hac acquisitione servitutis esse vice boni initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita statim servitutem quæri, non ex longa temporis possessione; is cogitet hic abesse titulum, & ideo per hanc quasi traditionem non statim servitutem nostram fieri, *arg. l. numquam* 31. *ff. de acq. rer. dom.* sed hoc tantum effici, ut locus sit præscriptioni, vide Balbum *de præscr. part.* 2. *quæst.* 2. *n.* 1. 4. *part. princ.* Covarr. 1. *var. resol. c.* 17. *n.* 7. Costal. *in l.* 10. *ff. si serv. vind.* Castill. *tract. de usufr. c.* 68. *n.* 16. Fachin. 7. *contr.* 22. & in primis Donell. 18. *comm.* 22. Dissent. Duar. 1. *disp.* 34. Hotom. 8. *observ.* 13. Coras. *loco supra allegat.* Revard. *ad leg. Scribon. c.* 7. quorum singulorum argumentis ex professo occurrit Schifordeger. *l.* 1. *tract.* 6. *q.* 1. *& seqq.*

CAPUT XXXII.

An quæ servitutes prædiorum pignori dari possint?

CErti atque exploratæ juris est, fructuarium posse usumfructum, id est, jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare, etiam invito proprietario, & si vellit proprietarius cum creditore agere, non esse in jus uti frui invito se, Prætorem exceptione tueri creditorem, *l.* 11. *pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur quod & emptorem ususfructus Prætor tueatur, ducto scilicet argumento a majori, *l.* 9. §. 1. *ff. eod.* Est & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo est, ut pignori dare liceat, *l. ult.* §. *de usur. l. fructus* 72. *ff. de reg. jur.* Non obstat *l.* 16. *Cod. de usufr.* quia non loquitur de oppignoratione ususfructus, sed proprietatis, cujus pignorando jus nullum usufructuarius habet. Contra autem Jurisconsultus in *d. l.* 1. §. *ult. ff. de pign.* de servitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non posse. Concepta est hæc definitio nominatim de servitutibus prædiorum urbanorum; unde quidam existimaverunt, eam ad jura prædiorum rusticorum non pertinere. Sed verius non est magis servitutes prædiorum rusticorum pignori dari posse, quam urbanorum; eamdemque in proposito harum atque illarum esse rationem. Argumenta sunt hæc: 1. quia servitutes prædii, sunt prædii qualitates, *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. sign.* prædio cui constitutæ ut subjecto suo sic inhærentes ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri sine consensu domini prædii servientis, ac proinde non nisi oppignorato simul prædio oppignorari possunt, sicuti nec vendi possunt sine prædio: quamvis prædio vendito simul cum prædio, cui debentur, transferuntur, *l. traditio* 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. junct. l. cum essent* 53. §. 1. *de serv. præd. rust.* Bronc. *cent.* 2. *aff.* 75. Prædio autem ipso oppignorato datur creditori petitio servitutis prædio jam ante impositæ, non quidem directa, sed utilis; sicuti & ipsius fundi ei utilis petitio datur, *l. ei qui* 16. *ff. de pign.* 2. Quia hæc oppignoratio servitutis effet inutilis creditori, propterea quod neque ipsi creditori deberi hujusmodi servitus potest, cum non sit servitus personæ, neque prædio creditoris: quoniam quæ servitus meo prædio debetur, non potest transferri in aliud prædium, nisi consentiente domino fundi servientis, & tunc nova esset servitus. Immo tantum abest, ut possim servitutem meo prædio constitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre possim in aliam mei ipsius prædii partem, *l. ex meo* 24. *ff. de serv. præd. rust.* Et hæc quidem ita procedunt in servitute prædio constituta sive formali; ea non potest alteri oppignorari: Cæterum, possum prædio meo rustico servitutem imponere jure pignoris, id est, pacisci, ut fundus meus creditoris mei fundo serviat, donec pecuniam ei debitam solvero, *l. sed an viæ* 1. *ff. pign.* qui rectus uti de rusticorum tantum prædiorum servitutibus loquitur, ita & de solis rusticorum prædiorum servitutibus intelligendus est, non etiam de servituribus urbanis, quia in his diversa ratio est, quod servitutes urbanæ non nisi uni & ei, cui ab initio constitutæ sunt, utiles esse possunt: servitutes rusticæ etiam tertio alicui: quod paulo post plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipso jure (nam servitus prædii ad tempus constitui non potest, *l.* 4. *ff. de serv.*) sed Prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium, *d. l.* 12. *in fin. ff. de pignor.* Quemadmodum & alia multa tuitione Prætoris defenduntur, quæ ipso jure non valent, *d. l.* 4. *ff. de servit. l.* 2. *ff. comm. præd. l. si unus* 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum* 44. §. 1. *ff. de oblig. cum similibus*. Ex causa autem venditionis sic ab initio quævis servitus tam urbana, quam rustica constitui potest ipso jure, *l. pennis.* §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 3. §. 2. *ff. de act. empt. l.* 6. §. 5. *ff. eod.* quibus locis abutitur Cujacius, 15. *obs.* 6. ad ostendendum etiam formales servitutes vendi posse sine prædio, cum in iis tantum agatur de causalibus, ut Doctores nostri loqui amant, id est, de constituendis, non de constituris. Sed nec illud verum est, quod Cujacius pro vero ponit, servitutes constitutas posse precario dari, per *l.* 3. *ff. de præd.* nam illic non agitur de servitute constituta data precatio a domino prædii dominantis, sed precario rogata a domino prædii servientis, & hic non tam jus aliquod reale constitui videtur, quam personale. Multo minus idem colligi potest ex *l.* 8. §. 5. *ff. eod.*

ff. eod. quippe quæ non de ſervitute precario roga-*l* ta loquitur, ſed de ſervitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, ſervitutes formales, id eſt, jam conſtitutæ, ſive ſint ruſticæ: ſive urbanæ, pignori dari non poſſunt; quia ſine injuria domini prædii ſervientis efficere non poſſunt, ut ſervitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris, Fac. *arg. in l. ſervitutes* 20. §. *ſtillicidium* 5. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ex meo* 24. *de ſerv. præd. ruſt. l. non debet*, 74. *de reg. jur.* At poteſt ſervitus prædii ruſtici, puta, via, iter, actus, aquæductus, pignoris cauſa ab initio conſtitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non ſoluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, *diſp. lib.* 12. *ff. de pign.* quia hic nulla fit injuria domino fundi ſervientis, qui ipſe ſibi hanc legem dixit. In ſervitutibus autem urbanis, licet eadem lege conſtituantur, idem receptum non eſt *d. l.* 11. *in fin. ff. eod. junct. d. l.* 12. Ratio differentiæ eſt, quia unum & idem prædium ruſticum eamdem ſervitutem per eumdem locum pluribus prædiis præſtare poteſt, *l. qui per* 15. *ff. commun. prad. l.* 2. §. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Jam vero non ſatis eſt ad hoc ut pignus ſervitutis ſit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita conſtituta ſervitus: ſed etiam neceſſe eſt, ut hujusmodi pignus poſſit diſtrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. l.* 12. in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat: verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut ſi pecunia ad diem conſtitutum ſoluta non fuerit, liceat creditori ſervitutem ita ſibi pignoris jure conſtitutam, alteri vicinum etiam prædium habenti, vendere, quippe ſine quo pignus eſſet inutile, *l.* 4. *ff. de pign. act. l. mulier*, 11. *C. de ſtip. pign.* Atqui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi cauſa conceſſum eſt jus tigni immittendi, aut ſtillicidii, &c. non eſt alius vicinus, cui ea ſervitus uſui eſſe poſſit. Nam quod ex ædibus ſuis lignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex ſuis ædibus in eamdem partem immittendi ullus eſt uſus utilitaſve: ac conſequenter id certe alter vicinus nunquam empturus eſt; & alius non vicinus emerit etiam fruſtra. Fingamus Titium, cum ædes depreſſas, interjectas inter ædes Caji & Sempronii haberet pignoris caſu conſtituiſſe ſervitutem altius non tollendi Sempronio, poterimne hæc ſervitus etiam utilis eſſe Cajo, qui eam propterea empturus ſit? Nego Cajum empturum: quia & ſine emptione idem conſecuturus eſt. Urbanæ ego ſervitutis pignus inutile eſt. At vero jus prædii ruſtici alii vicino diſtrahi poteſt, & is forſan magno id redempturus eſt, cum poſſit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos ſuos. Molin. *extr. labyr. de div. & ind. p.* 3. *n.* 311. uſque ad *n.* 360. Aut. Fab. 19. *conject.* 6. & 7. Salmaſ. *de mod. uſur. pag.* 347. Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 177. *n.* 12. ad Cujacium 15. *obſ.* 6. Duar. 2. *diſp.* 3. qui nec in totum nobiſcum ſentiunt, nec in totum a nobis diſſentiunt, nec ipſi inter ſe conveniunt.

CAPUT XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆC quæſtio ut expediatur, ſcindum eſt, incendia aliquando ad caſus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupavit vicinas, quod a fulmine excitatur, aut a graſſatoribus & incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet; ac proinde hoc ab inhabitantibus præſtandum non eſt, neque actione locati, in qua culpa tantum levis, *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpæ leviſſima venit, *l.* 44. *ff. ad leg. Aquil.* & omiſſo quoque ac negligentia (quamquam non ſimplex *l.* 13. §. 2. *ff. de uſufructus* ſed quæ admiſſa in facto præcedente aut concurrente, unde damni cauſa, *l. ſi ſervus* 27 §. *ſi forniegrius* 9. *l. quemadmodum* 29. §. 5. & *l. ſeq.* §. 3. *ff. ad l. Aquil.* §. *præterea* 6. *Inſt. eod. & ibid.* Diod. Thuld. *cap.* 7.) caſus autem fortuiti non veniunt, §. 3. *Inſt. d. t.* quippe qui nec ullo in judicio & a nemine præſtantur, *l. ſi ex legati* 23. *ff. de verb. obl. l.* 6. *Cod. de pign. act. l. contractus de reg. jur.* & ita cape locos in *leg. ſi quis* 9. §. 3. *l. ex conducto* 15. §. 3. *ff. locat. d. l.* 23. *in fin. ff. de reg. jur.* §. 3. *Inſt. de empt. & vend. & ſimil.* Incendia autem intrinſecus orta cum culpa conjuncta eſſe ſolent, & ideo inter caſus fortuitos non numerantur, ſed exorta eſſe præſumuntur culpa inhabitantium, *l.* 3. §. 1. *ff. de offic. præf. vig. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vind.* Quando autem culpa ſeu negligentia præcedit caſum, ſola ſpectatur, non caſus, *l. qui occidit* 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. eum duobus* 52. §. 3. *ff. pro ſoc. l.* 1. §. 4. *in fin. ff. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia fit, etiam caſu fieri interdum dicatur, & caſus ponatur pro negligentia, *l.* 9. *ff. de incend. ruin. naufr. l.* 4. §. *ult. l.* 11. §. 2. *ff. de pœn.* quod notandum eſt.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus obortæ præſumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata eſſe, hinc efficitur, ut niſi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis eſt præſumptionis juris, ut ſecundum hanc judicetur, niſi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adverſarium, contra quem eſt præſumptio, ut niſi contrarium doceat, contra ipſum judicetur, *l.* 9. 12. §. *ſi chirographum* 24. & *l. ſeq. ff. de probat. l.* 16. *Cod. eod. requiſitiſti* 5. *ext. de teſt.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum eſſe credam, quod D. Andreas Gail. *lib.* 2. *obſerv.* 21. *num.* 4. & ibi allegati pro vero ponunt, neceſſe eſſe ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari poſſe, propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præſumptio ſit adverſus omnes & ſingulos inhabitantes, ſi hujus præſumptionis vim ullam eſſe volumus, utique niſi de omnium quoque & ſingulorum innocentia doceatur, ſcilicet ignem innoxium ab iis habitum fuiſſe; aut extrinſecus immiſſum, ſententiæ certa ferri, & aut paterfamil. nomine damni dati condemnari poterit, niſi ſpeciatim de ſua diligentia doceat, *l.* 11. *ff. de per. & comm. rei vind.* aut ſi plures ſint inquilini, æque princi-

pa-

cipales pro indiviſo, omnes, *arg. l. ita vulneratus* 51. §. 2. *ff. ad leg. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione ſatis firma contractium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *leg. 6. §. ult. ff. naut. caup. ſtabul.* id quidem verum eſt in caſu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi cauſa ibi ſunt, aut quorum opera caupo utitur, ſunt etiam repentini hoſpites & viatores, quorum culpam non præſtat, etiamſi ſe innoxium eſſe non probaverit; *d. leg. 6. §. penult.* ſicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet; factum præſtare debet, in duplum eo nomine tenetur, *l. ult. §. 1. d. tit.* etiamſi ipſe extra culpam ſit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus eſt, quod opera malorum hominum præſertim tali in loco utitur, *§. ult. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex del.* quippe cum etiam publica hic ſpectetur utilitas, dum ſecuritati proſpicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad caſum noſtrum pertinet, ubi paterfamil. omnium ſuorum factum præſtat, extra quam ſi doceat, ſe in cuſtodiendo igne, eam adhibuiſſe diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, per rectum expreſſum in *d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam ſi adhibuerit, utcumque certæ perſonæ negligentia incendium ortum eſſe demonſtretur, quam circumeundo & inſpiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad ſarciendum damnum non tenetur, *d. l. 11. de peric. & comm. rei vind.* Nam ſi is, cujus culpa arguitur, ſervus eſt, liberatur dominus noxæ deditione; ſi liber, ipſe tenetur: quia certis tantum caſibus ſimpliciter & præciſe culpam ſuorum paterfamilias præſtat, veluti ſi negligentia ejus oſtendatur in aſciſcendo perdito aut diſſoluto, *l. ſi ſervus 27. §. ſi fornicarius 9. ff. ad l. Aquil.* aut ſi famuli, quorum miniſterio navem, cauponam, ſtabulum exercet in ipſa navi, caupona, ſtabulo damnum dederint, *l. ult. ff. naut. caup. ſtab.* vel in eo actu deliquerint, cui ſpecialiter præpoſiti *l. 1. ult. ff. de publican. & vectigal.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint &c. *l. penult. §. 2. de his qui effud.* quamquam hic, ſi ſervus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur, *l. 1. l. 5. §. 6. d. tit.* Extra hujuſmodi caſus culpa familiæ dominum non onerat, ſi de ſua diligentia docere poterit, *d. l. 11. ff. de per. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis Dom. Homannus, *l. 5. obſc. cap. 10.* pro eo, quod vulgo & in ipſo quoque codice Piſano legitur, *cum incendium ſine culpa fieri non poſſit.*, legendum putent dempta negatione, *ſine culpa fieri poſſit*, nihil demi neceſſe eſt. Movetur Homannus, ut negationem expugnet, duplici ratione: 1. Quia & caſu fortuito incendium accidere poteſt. 2. Quia alias ſibi contradiceret Juriſconſultus, qui mox ſubjicit, poſſe incendium fieri ſine culpa patrisfamil. Utraque ratio indigna tanto viro, id eſt, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipſis ædibus exorto, non de igne cœlitus immiſſo aut ab incendiariis excitato; non poſterior; quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo verſantibus agitur: deinde ſpecialiter de ſolo patrefamil. Nulla autem contradictio eſt, ſed utrumque verum, ſi dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non poſſe fieri ſine culpa, & tamen poſſe fieri ſine culpa patrisfam. quod & Cujacius *lib. 17. obſ. 29.* notavit.

Hinc jam dependet quoque deciſio quæſtionis, an inquilinus teneatur de incendio locatori ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam ſi venditor inſulæ ante traditionem combuſtæ nomine damni facti tenetur, ex empto, niſi de diligentia ſua probaveris, *l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* tenebitur utique & ædium conductor ſive inquilinus ex locato, ſi ædes conductæ incendio conſumptæ fuerint, niſi & ipſe inculpabilem eſſe demonſtraverit; quippe cum ratione culpæ eadem ſit utriuſque præſtatio, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur.* Aqui, ajunt plerique, etſi incendia præſumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen iſta lævisſimæ tantum culpæ præſumptio eſt, quam conductor ex natura contractus non præſtat, *d. l. 5. §. 2. commod.* Reſpondeo, nec venditor præſtat, & tamen niſi diligentiam ſuam probet, tenetur. Sed neque Juriſconſulsus in *l. 3. §. 1. ff. de offic. præſ. vig.* ait incendia præſumi fieri tantum culpa leviſſima inhabitantium, ſed culpa ſimpliciter & abſolute: quoties autem verbum culpæ abſolute ponitur, in uſu juris noſtri fere non alia, quam levis culpa ſignificatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. ff. de neg. geſt. §. §. 2. ff. de in lit. jur. l. 1. §. ſæpe 35. ff. depoſ. l. ſocius ſocio 72. ff. præſoc. l. in rebus*, 17. *de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Leviſſima autem culpa paſſim per oppoſitam indicatur, verbo diligentiæ, aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur, *d. l. 5. §. 2. commod. diſt. l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. 2. pen. de legat. 3.* & uno tantum loco verbum *leviſſima* expreſſum reperitur, nempe *l. 44. ff. ad leg. Aquil.* Quinimmo juris noſtri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiæ *l. 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium 28. incendiarii 12. ff. de pœn.* Denique nec Gloſſa in §. *præterea. Inſtit. de oblig. quæ ex contr.* id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in caſu noſtro non præſumi, ſed leviſſimam duntaxat, cujus nomine agi non poſſit; verum leviſſimam culpam non nocere inculpabilibus, id eſt, qui omni culpa carent. Quod ſi aliud ſenſerit Gloſſa, ſine auctoritate & ratione locuta eſt, ita Fach. *lib. 1. controv. cap. 87.* Moller. *lib. 4. ſemeſt. c. 31.* ubi ita judicatum refert in conſilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *deciſ. Neapol. 3.* & receptum in ſcabinatu Lipſenſi, vide & Joann. a Sande *lib. 3. tit. 6. defin. 9.* Diſſentiunt *communn. DD.* Mynſing. 7. *obſ. 88.* Gail. 2. *obſ. 21.* Thuiden. *comm. ad Inſtit. tit. de leg. Aquil. cap. 8.* de Afflict. *deciſ. 57.* Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis ſentiunt.

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30. annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?

JUdicia finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, paſſim in jure noſtro dicuntur duplicia, propterea quod par utriuſque litigatoris in his conditio eſt, nec quiſquam præcipue reus vel actor intelligitur, ſed unuſquiſque tam rei quam actoris partes ſuſtinet, *l. in tribus 11. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. commun. diviſ. l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ 4. ff. fa-*

ff. famil. erciſcund. l. judicium 10. *ff. fin. regund.* eodemque ſenſu alibi dicuntur mixta, *l. actionis* 37. §. 1. *ff. de obligat. & action.* Longe vero alio ſenſu hæ actiones mixtæ dicuntur, ſive mixtam cauſam obtinere a Juſtiniano §. *quædam actione* 20. *Inſtit. de action.* nempe quod partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam: aut utique ita in perſonam ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem, *l.* 1. *ff. fin. regund. junct. l.* 1. §. 1. *Cod. de annal. except.* Judicium familiæ erciſcundæ redditur inter cohæredes de dividenda hæreditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes ſunt extra cauſam hæreditatis, *l.* 1. *ff. famil. erciſc. l.* 1. *l.* 2. *ff. comm. div.* Finis utriuſque judicii, ut recedatur a communione, & ſuam quiſque partem pro diviſo conſequatur; in quo ſimilitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet lucri, damni, impenſarum nomine, quæ ſunt præſtationes perſonales, *l. item Labro* 22. §. *pennlt. famil. erciſcund. dict. leg.* 2. §. 1. *commun. diviſ. l. quibus caſibus* 34. *ff. pro ſoc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad ſuam normam redigantur, confinique reſtituantur, quod quis ultra iſtos fines habet, *l.* 4. *princ. l.* 8. *princ. &* §. 12. *ff. fin. reg.* quo poſtetiore aſpectu & hæc actio pro rei vindicatione eſt, *l.* 1. *eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat docet nos Juſtinianus in §. *fi famil.* 4. *&* 2. *ſequent. Inſtitut. de offic. judic.*

Eſt porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris perſonalibus, ut triginta annorum præſcriptione tollantur, *l.* 7. *Cod. de per. hæred. l.* 3. *Cod. de præſcr.* 30. *annor. l. ult. Cod. fin. reg. l.* 1. §. *Cod. de annal. except.* ubi Juſtinianus inter actiones perſonales, quas omnes jubet triginta annorum ſpatio finiri, nominatim etiam recenſet haſce tres familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quanquam hæ pure perſonales non ſunt, ſed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præſcriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut cohæredibus conſortibuſve poſſidet: tunc enim alter, qui non poſſidet, poſt 30. annorum curriculum has actiones movere non poteſt, & ita capienda loca modo adducta. Quod ſi duo communes fines, communemve hæreditatem, aut rem ſingularem communem poſſideant, etiamſi per 30. annos in hac communione manſerint, poteſt alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad diviſionem provocare, atque eo nomine ſupra ſcriptis actionibus experiri. Ratio eſt, quia ne pacto quidem effici poteſt, ut nunquam liceat a communione recedere, *l. in hoc judicio nnm.* 14. §. 2. *ff. commun. diviſ. l. ult. Cod. eod. l. nulla*, 70. *ff. pro ſoc.* Quod autem nulla conventione effici poteſt, id nec ullo temporis lapſu fieri debet. Eſt & altera ratio, nempe quod nulla hoc caſu negligentia, in qua fundantur præſcriptiones, intervenire poteſt. Nam quamdiu ſtamus in communione & ſimul poſſidemus, alter alterum pro conſorte aut confini habet & recognoſcit, eoque præſcriptio currere non poteſt: ſiquidem ſingulis pro indiviſo poſſidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem uſucapiat, aut alterum lapſu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem Bronchorſtius *centur.* 1. *aſſert.* 14. poſt Coſtallium in *leg.* 1. *ff. famil. erciſcund.* quod præſcriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ ſunt; actionem autem familiæ erciſcundæ, &c. non ante naſci, quam cohæredes ad diviſionem hæreditatis provocare cæperunt. Quod dicit præſcriptionem non currere, niſi poſtquam actio nata eſt, verum eſt: ſed falſum & ſidiculum, quod ait, tum demum naſci actionem familiæ erciſcundæ, quando cohæredes a communione diſcedere volunt. Immo niſi jam ante nata eſſet, ex communione inter eos conſtituta & quaſi ex contractu §. 3. *&* 4. *Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contr.* fruſtra eam intentarent, aut provocarent ad diviſionem. Et quæſo qualis hæc collectio eſt, *diſcedere a communione volentibus datur actio familiæ erciſcundæ, l.* 1. *ff. famil. erciſc.* ergo eodem demum tempore naſcitur? Si iſta collectio bona eſt, etiam hæc bona erit, volenti repetere depoſitum, commodatum, &c. datur actio depoſiti aut commodati: ergo non ante actiones iſtæ naſcuntur, quam volet repetere: & in univerſum dicendum erit, nullam actionem prius naſci, quam eum quis ea experiri volet: nemo enim niſi volens agit, *tit. Cod. ut nem. inv. ag. vel accuſ. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex hæredibus poſſidet, contra alios procederet præſcriptio, quamdiu ad diviſionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipſe quoque Bronch. aſſerit. Sed hoc obiret cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu ſinguli confinium vel hæredum aut ſociorum communiter poſſident, & alter alterum ut confinem, cohæredem, conſortemve agnoſcit, nullam hic dari ſuperiorum actionum præſcriptionem, propter rationes ſupra memoratas. 2. Ubi unus tantum poſſidet, triginta annorum ſilentio eaſdem actiones excludit: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos in *leg. ult. Cod. fin. reg. l.* 1. §. 1. *Cod. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus eſt *l. pennlt. Cod. fin. reg.* ubi Imperatores ajunt, ſubmotam eſſe quinque pedum præſcriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur nulla præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis actionem de finibus regundis poſſe tolli. Verum longe aliud eſt: quod Imperatores ibi ſignificant & conſtituunt. Confirmant nimirum legem 12. Tabularum & legem Maniliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros ſpatium 5. pedum relinqueretur a culmo vacuum, ut illac ire ſine alterius incommodo agri colendi cauſa, & aratrum circumducere uterque dominus poſſet. Hoc ſpatium appellatur gradus in *leg.* 3. *ff. de term. mot.* neque id ſpatium uſucapi aut præſcriptione aequiri per legem 12. Tabularum aut legem Maniliam potuit, teſte Cicerone *l.* 1. *de legibus*, propterea credo, quod ut res metæ cujuſdam facultatis quinque iſti pedes inter confines agros inculti relinquebantur, per *leg.* 2. *ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imp. *in dict. leg. pen. Cod. fin. reg.* confirmarunt. Quod ſi vero ultra illos quinque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus eſt judicio finium regundorum, niſi ea ratio triginta annorum præſcriptione ſublata ſit, nempe ſi tam diu vicinus fines limiteſque agri ſui quiete & ſine interpellatione judiciali poſſederit. De qua re bene & docte differentem vide Andream Aleiarum *lib. de quinq. ped. præſcript.* Alter locus eſt in *l.* 2. §. *Seichnm*, 6. *verſ. ſed ſi fundus ff. pro empt.* cui geminus in *leg. qui fundum* §. 1. *ff. eod.* ex contrario ſtatui videtur actione finium regundorum etiam longo tem-

tempore præſcribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic reſponſio eſt, nempe caſum ibi poni, quo is qui emit & pro emptore poſſidet, numquam fuit confinis; ſed ſtatim fundum ampliorib. finibus poſſedit: quo caſu cum non de finibus regundis lis ſit, ſed de proprietate partis fundi, procedit uſucapio ſeu longi temporis præſcriptio.

Quid vero ſi aliquis bona fide juſtoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem ſolus poſſedit, an non ille ſaltem partem confinis aut conſortis, qui non poſſedit, dicendus eſt uſucepiſſe aut longi temporis poſſeſſione quæſiviſſe? Reſpondeo, ne hoc quidem dici poſſe ex iis, quæ jam dicta ſunt ſatis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide poſſidet, ita tamen eam poſſidet ut perſonali ſive mixta actione communi dividundo, familiæ erciſcundæ, aut finium regundorum conveniri poſſit: quas actiones non niſi triginta annorum præſcriptione tolli ſupra demonſtratum eſt. Immo nec petitionis hæreditatis breviori ſpatio præſcribitur, quæ tamen in rem actio eſt, & tantum ob præſtationes perſonales, quæ non officio judicis, ſed jure actionis in eam veniunt, mixta perſonalis dicitur, *leg. 7. C. de petit. hared.* Non obſtat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis eſt propter naturam perſonalis aut mixtæ actionis, ſiquidem bona fide poſſeſſoris ſive rei conventi efficere non poteſt, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura ſua aut lege habet, per *dict. leg. 7.*

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hæreditas?

INſtituto forte inter fratres familiæ erciſcundæ judicio quæritur, quomodo divifio a judice expedienda ſit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero ſolius judicis arbitrio facienda? Priorem ſententiam amplectuntur Canoniſtæ tamquam auctoritate juris Canonici nixam: poſteriorem plerique Legiſtarum ſive Interpretum juris civilis ſequuntur, ut conſentaneam legibus civilibus; quæ & nobis iiſdem legibus conſentanea eſſe ſemper viſa eſt. De poſteriore prius dicam, mox viſurus an quid ſecus jure Canonico conſtitutum ſit. Igitur poſterior illa, quæ Legiſtarum & noſtra ſententia eſt, hanc rationem habet, quod ubi ſemel judicis officium implorari cœpit, & cauſa in judicium deducta eſt, quicquid illud eſt, quod in judicio illo continetur, cognitioni judicis permittendum & relinquendum ſit, *leg. ædiles, 25. §. item ſciendum, 8. ff. de ædil. edict.* judicium autem familiæ erciſcundæ non aliam ob cauſam inſtituitur, quam ut judex res ſingulas pro ſui animi religione ſingulis hæredibus adjudicet, utique ſi res ipſæ ſine incommodo dividi non poſſint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes, quod notandum. Quod ſi ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, viciſſim in certam ſummam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, §. 4. *Inſt. de offic. jud. leg. Mamiur, 52. §. 2. l. familiæ, 15. ff. fam. erciſc.* Nulla hic diviſio uni e cohæredibus, nulla electio alteri permittitur, Fac. *l. 1. tit. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones, 20. Inſtit. de action.* Fruſtra autem hic objicitur, *leg. unic. C. de his qui ſe defer. lib. 10.* quoniam quod ibi conſtituitur, jus eſt ſingulare, & invitantem cum ad deferenda & fiſco nunciauda tacita fideicommiſſa. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, cum hæres etiam fidem ſuam accommodat, puta per domeſticam cautionem vel chirographum, ut hæreditatem incapaci reſtituat, hoc dici fideicommiſſum tacitum, atque id hæredi ablatum vindicari fiſco, *leg. in tacitis, 19. ff. de legat. 1. l. in fraudem, 10. ff. de his quæ ut indig. leg. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fiſc. l. 1. C. de delator. lib. 10.* Quo autem magis ad hujuſmodi tacita fideicommiſſa fiſco denuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari, & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ nunciarunt, ferre; velut quartam aut octavam. Qui vero ſeipſos, ſi quidem ſit hæres, a quo tacite fideicommiſſaria hæreditas relicta eſt incapaci, pro præmio tertiam partem aſſis accipere: ſi is, cui ipſi tacite relicta, profitearur ſe capere non poſſe, dimidiam ei partem præmii vice dari, *l. edict. 13. l. pen. ff. de jur. fiſc. d. l. un. C. de his qui ſe defer.* putaverunt Principes ampliori præmio provocandos eſſe eos, qui ſe, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quiſque ſe ipſum defert, eo majore quoque præmio invitandum eſſe, ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommiſſatio, quam hæredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommiſſum relinqueretur, propterea quod & ipſa lege Papia decimaria incapax eſſet, *leg. ult. pr. ff. de his quæ ut indig. junct. leg. 2. Cod. de infirm. pœn. cælib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Conſtantinus in *dict. leg. unic. Cod. de his qui ſe defer.* uxori ſemetipſam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem relicti, diviſione a fiſco facta loco præmii conceſſit. Quid vero hoc ad diviſionem a judice faciendam inter cohæredes de dividenda communi hæreditate judicio familiæ erciſcundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & diviſioni judicis permittitur? Neque vero, hic ſive inæqualis diviſio facta ſit, ſorti res committenda erit, ut male etiam plerique Legiſtarum putant, Jaſon poſt alios in *l. 3. comm. de legat.* Fachin. *lib. 6. contr. cap. 37.* Bronch. *1. miſcell. aſſert. 52.* ſed adhuc adjudicatione & in diviſione impari adjudicatione & condemnatione res tranſigenda eſt. Nunquam enim in jure noſtro ſorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari poteſt, *l. ſacris, 47. ſub fin. pr. C. de Sacroſ. Eccleſ. l. 8. ff. de pact.* ubi Prætor partes ſuas interponit, quia ſciri poteſt, quid in caſu illic propoſito ſit æquius, nimirum ut mitior ſententia prævaleat. Simile exemplum eſt in §. 1. *verſ. ſin autem ipſi Inſt. de fatiſd. tut.* ubi item Prætor partes ſuas interponere juberut, quod cauſa cognita diſcernere poteſt, quis ex tutoribus adminiſtrationi magis ſit idoneus, *leg. teſtam. 17. §. 1. & 2. cum l. ſeq. ff. de teſtam. tutor.* Quod ſi res animi judicio diſcerni aut expediri nequeat, tunc ex neceſſitate devenitur ad ſortem: veluti ſi duo cohæredes ad judicium provocent, uter eorum partes actoris ſubſtinere debeat, ſorte diſcerni ſolet quia aliter res explicari nequit, *leg. ſed cum, 14. ff. de judic.* Pari ratione ſi plures legatarii, quibus

optio

optio legata, aut unius plures hæredes circa electionem dissentiant, controversia forte dirimenda est, quia scilicet nullæ hic partes Prætoris *leg. 3. princ. C. comm. de legat.* §. *optionis*, 23. *Inst. de leg.* Simile exemplum in *leg. generaliter*, 24. §. *quid ergo*, 17. *ff. de fideic. libert.* Atque nihil tale occurrit in judicio familiæ erciscundæ: quippe, cum semper impari adjudicatione ad æqualitatem divisio revocari possit, mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obstat *l. 5. ff. famil. erciscc.* ubi in casu, quo omnes ex iisdem partibus hæredes sunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hæreditariæ esse debeant, sortiri eos oportere respondetur. Nullo enim isto casu officium judicis intercedit, sed totum id inter ipsos cohæredes citra judicium transigitur per *l. 2.* §. *ult. l. 4. pr. ff. l. 6. famil. erciscc.* Eodemque fere modo respondendum est ad *leg. 2. C. quand. & quib. quart. pars lib.* 10. nam & ibi nullum officium judicis intervenit, sed jussu legis extra judicium partes fiunt, & sors definit, cujus electio esse debeat. Etsi atque adeo Jason cum iis, quos sequitur in *leg. 3. Cod. comm. de legat.* contendens etiam in judicio divisorio familiæ erciscundæ sorte rem expediendam esse, *arg. diff. leg. 2. C. quand. & quib. quart. pars*. Plane potest ex conventione inter cohæredes quocumque modo divisio fieri, nempe vel per sortem vel ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil ad quæstionem hanc, quæ est de officio Judicis, apud quem familiæ erciscundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canonistæ autem aliter statuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere: minorem vero eligere. Non habent tamen Canonistæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo sententiam hanc confirment. Nam in *cap. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Episcopo ob hæresim Donatistarum ante remoto, & ad Ecclesiæ unitatem postea reverso, quem Pontifex vult in partem admitti prioris sui Episcopatus jam alteri Episcopo dati, & divisionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in Episcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc divisio fit sine judicibus, quia visum fuit non esse ex dignitate Episcopos ad arbitrium mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *cap. 13. Genes.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum divisio in judicio facta fuit, neque illi cohæredes erant, verum Abrahamus per modestiam Lotho fratris sui filio, qui minorerat, permisit, ut vel in dextram vel in sinistram discederet, quo vellet: & alterum latus sibi relinqueret. Et quamvis Augustinus *lib. 16. cap. 20. de civit. Dei* relata hac historia subjicit, hanc fortassis effectam esse inter homines pacificam consuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat: tamen inde non sequitur hoc locum habuisse in judicio familiæ erciscundæ: sed hoc tantum inde colligere est, in pacifica bonorum divisione, id est, extrajudiciali, hunc morem plerumque observatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ, *lib. 6. declam. 1. Major frater dividat, minor eligat*. Cæterum Canonistarum sententiam in Camera Imperiali receptam esse tradunt Mynsing. 4. *observat.* 37. & Gail. 2. *observ.* 116. *num.* 12. Schruff. *centr.* 1. *consult.* 71. & secundum eam respondit Æmilius Ferretus *consil.* 1. quem laudat & sequitur Costallius in *leg. 1. ff. famil. erciscc.* & sic quoque Senatum Sabaudiæ censuisse, Anton. Fab. *Cod. suo for. decis.* 2. & Mechlinienscm Christinæus *vol.* 4. *decis.* 180. referunt: ac consuetudine eamdem opinionem receptam esse testatur Guido Papin. *quæst.* 280. quamquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis testimonio, quonsam aliud jure decisum est: at enim ubi de consuetudine constat, nemo est, qui dubiret, quin inveteratus usus fori pro lege habendus sit.

CAPUT XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro socio agi possit, nimirum inter eos, horum res communis est ex causa societatis?

COmmunio rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio proprie societas dicitur, & ex contractu est: vel citra conventionem, veluti si duobus eadem res legata aut donata sit, *leg. ut sit*, 31. *ff. pro soc.* quæ communio quasi ex contractu nascitur, §. 3. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* quanquam & hi nonnunquam socii appellantur. In utraque autem communione locus est judicio communi dividundo, *l. 2. ff. comm. div.* quo judicio hoc agi constat, tum ut sua cuique parte adjudicata a communione discedatur; tum ut utriuque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. l. 4.* §. 3. *ff. eod. tit.* unde est, quod hæc actio mixtam causam obtinere dicitur tam in rem, quam in personam, sicut & actio familiæ erciscundæ & finium regundorum §. *quædam actiones*, 20. *Inst. de action.* At actioni pro socio in utraque communione locus non est, sed tantum in ea, quæ est ex contractu, in consortio voluntario seu societate sic in usu juris proprie dicta *ff. Cod. pro soc.* quæ actio tota personalis est, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæsitum meminl, an quemadmodum actione communi dividundo agitur tum ad rerum communium divisionem, sive communes sint cum societate, sive sine societate; tum ad personales illas, quas dixi præstationes; ita etiam inter eos, quorum res communis est ex causa societatis agi possit actione pro socio tam ad res dividendas, quam ad personales invicem præstationes. Et dubium quidem nullum est, quin actio pro socio pertineat ad præstationes personales, quas ratio societatis & natura contractus inducit, *leg. 1. ff. commun. divid.* sed illud quæritur, an duntaxat eo pertineat, an vero & ad rerum divisionem? Communis sententia est, socios ad rerum communium divisionem non tantum communi dividundo judicio agere posse, sed etiam judicio societatis.

Firmamenta hujus sententiæ hæc sunt: 1. Quia actio pro socio est rei persecutoria, *leg. sed actione*, 50. *ff. pro soc.* nemo autem dubitet, quin eo nomine veniat & res communis. 2. quia altera actio alteram tollit, *leg. pro soc.* 38. §. 1. *ff. pro soc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuisse. 3. Quin judicio societatis ab uno adversus alios instituto distrahitur societas, quasi tacita quadam renuntiatione, *leg. actioni*, 6. *pr. ff. eod. tit.* At hoc cum fit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua divisio. 4. Quia Jurisconsultus in *leg. 1. ff. comm. div.* non simpliciter ait actionem pro socio ad personales invicem præsta-

tio-

tiones pertinere, non ad communionem rerum divisionem: sed συγκριτικῶς, seu comparative magis eo pertinere, quam ad rerum divisionem. Ergo utique etiam ad rerum divisionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, sed per consequentiam duntaxat, quasi hic sit istius loci sensus, in judicio communi dividundo venire præstationes personales per consequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium societatis principaliter pertinere ad præstationes personales, ad rerum divisionem tantum per consequentiam. Atque hisce quatuor argumentis communem sententiam adstruit & satis probari putat Valentinus Reimerus *quæst. juris. decis.* 11. *thes.* 5.

Cæterum apud me hæc tanti non sunt, ut in istam me sententiam trahere queant. Et magis est, ut ad rerum divisionem actio pro socio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur divisio: sed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc interest, quod communi dividundo actio non est nisi de re adhuc communi, *leg.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* At pro socio actio fere non est nisi de rebus, quæ communes non sunt: ut in commune redigantur, *leg. cum duobus*, 52. §. *idem* Papinianus 8. *l. si societatem*, 72. *& l. seq. ff. pro soc.* aut si est de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, sed ut conferatur in medium v. c. potest actione pro socio agi de re communi, quæ sit apud unum ex sociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communis*, 45. *ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriusque judicii dissimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet: ut res communes inter consortes dividantur atque a communione recedatur; sequuntur deinde & præstationes personales, quibus alter alteri propter communionem rerum obnoxius *l. 3. princ. ff. commun. divid.* §. *quædam actiones*, 20. *Instit. de action.* At actio pro socio tantum est de personalibus præstationibus extra divisionem positis, & ideo ad divisionem non pertinet, *leg.* 1. *ff. dist. sit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *l. si actum*, 23. *ff. eod.* ubi ait, actionem pro socio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quisque personali actione aliis debet, *leg. servum*, 44. §. *cum qui*, 5. *& seq. ff. de legat.* 1. *l. qui chirographum*, 50. *eod.* 3. Itaque quod dicit actionem pro socio nominum rationem habere, nihil aliud est, quam in hanc actionem venire præstationes personales earum rerum, quas socius socio debet. Quod autem dicit actionem pro socio non admittere adjudicationem, eo aperte significat eam actionem non spectare ad rerum divisionem. Nulla enim divisio rerum, quæ judicio petatur, esse potest sine adjudicatione aut partium a judice discretarum, quarum singulæ singulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non potest, uni adjudicari debet cum mutua ejusdem condemnatione. §. 4. *& seq. Instit. de offic. jud.* Atque hinc est, quod sublata communione actio communi dividundo simul tollitur *leg.* 1. *in fin. ff. comm. divid.* neque enim potest peti rei communis divisio, ubi nulla res est communis: nec agi de præstationibus personalibus eo judicio, quod una cum rei communione sublatum est. At sublata societate nihilominus adhuc agi potest de iis quæ durante societate contracta, *leg. omnes æs*, *l. nemo*, 35. *cum simil. ff. pro soc.* immo & communione sublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iisdem præstationibus agi actione pro socio, nisi & de iis actum communi dividundo *l. pro soc.* 38. §. 1. *ff. eod.* Cum itaque actione pro socio tantum agatur de præstationibus personalibus, aut ut res, quæ communes non sunt, in commune redigantur: de rebus autem communibus tamquam communibus nunquam, sed ad hoc solummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quisque sociorum partem in his pro diviso consequantur, quod sine adjudicatione, quam actio pro socio non admittit, obtineri nequit, ut superius plenissime probatum est, hinc efficitur & liquet perspicue, actionem pro socio ad divisionem rerum non pertinere.

Restat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis responsio est, nempe non sequitur, actio pro socio est rei persecutoria: ergo etiam persequitur rem communem tamquam communem, ut ea dividatur; sed hoc solum, ergo ea non agitur ad pœnam, seu quod in eam venit, res est, & id quod ex patrimonio nobis abest, *leg. in honorarii*, 35. *ff. de oblig. & action.* non pœna; ut intelligamus eam ex ante gesto non hæredibus tantum, sed etiam in hæredes dari, *per vulg.* Quod secundo ajunt, actione communi dividundo consumi actionem pro socio & retro, falsum est, & contrarium aperte responsum ab Ulpiano, *leg. si actum*, 43. *pro ff. soc.* nempe si actum sit, communi dividundo, non tolli actionem pro socio, cui non obstat locus Pauli, quem proferunt ex *leg. pro socio*, 36. §. 2. *ff. eod.* nam ex ipsis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum divisione, de qua alterutro horum judiciorum actum sit, sed tantum de præstationibus personalibus, de quibus ait, si actum sit communi dividundo, tolli actionem pro socio, & contra si actum sit pro socio de iisdem præstationibus agi non posse communi dividundo. Hinc autem minime sequitur, facta sola rerum divisione in judicio communi dividundo tolli actionem pro socio, quæ ad divisionem non pertinet, sed ad personales invicem præstationes duntaxat, *dict. l. si actum*, 43. *ff. eod.* nec si actum sit, pro socio, tolli actionem communi dividundo respectu præcipuæ petitionis hujus judicii, ut scilicet res communes dividantur, & singulis in his sua pars pro diviso adjudicetur, in tertio argumento manifestus error est παρὰ τὸ ἐν ἀρχῇ. Nulla enim consequentia est, actione pro socio distrahitur societas, quasi tacita renuntiatione: ergo ea actione & rerum communione intenditur divisio: siquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad dissolutionem societatis, quia solutæ nihilominus res, quæ antea communes erant, communes manent: & ut dividantur, opus est judicio communi dividundo. In quarto & postremo, quod sumitur ex verbis *l.* 1. *ff. comm. div.* & cæteris videtur speciosius, vitiosum est παραλογισμός. Nam quod ibi Paulus ait, pro socio actionem magis ad personales invicem præstationes pertinere, quam ad rerum communium divisionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo, sed θετικῶς, non comparative, sed elective ab eo dici intelligendum est: ut hæc sit Jurisconsulti sententia si quæratur, an actio pro socio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones personales tantum? magis, id est, potius dicendum sit, non pertinere ad utrumque, sed tantum ad præstationes personales:

les: qua forma loquendi nihil est apud nostros usitatius *l. 6. §. 3. ff. de serv. vind. l. plenum*, 12. §. 2. *& de usu habit. l. si vero*, 11. §. *cum quidam*, 12. *l. inter causas*, 26. §. *non omnia*, 6. §. *mandat. l. 5. §. is quoque*, 3. *ff. de oblig. & act. & simil.* ita post Glossam Charondas & Pacius ad *dict. l. 1.* Donell. *comm. 13. c. 7.* eademque videtur esse sententia Oldendorpii *class. 4. act. 21. §. 6. n. 11.* & Bachovii notantis VVesembecium *paras. ff. pro soc. num. 12.* Quibus omnibus adde, quod si dicamus actionem pro socio etiam pertinere ad rerum divisionem, atque ea quoque actione partem suam quemque persequi, adinstar ejus qui vindicat, quam partem & divisione rei consequatur actio pro socio non minus nullam causam obtinebit, tam in rem, quam in personam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quædam*, 20. *de Instit. de action. l. 1. ff. fin. regund.* quod tamen nec contrariæ quidem sententiæ auctores ausi sunt affirmare.

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum gestorum vel cum actione communi dividundo aut familiæ erciscundæ?

QUæstio hæc nata est ex locis in speciem contrariis, nam in *l. filiæ*, 18. 1. *C. fam. ercisc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt tamquam de re ambigua, sumptus in communi hæreditate ab uno bona fide factos familiæ erciscundæ judicio vel negotiorum gestorum actione servari posse. Et in eandem sententiam Divi Severus & Antoninus, solutum pro cohærede actione negotiorum gestorum vel familiæ erciscundæ posse reperi, *leg. 2. Cod. de neg. gest.* Contra in *l. 18. §. ultim. ff. famil. ercisc.* in eadem specie datur sola familiæ erciscundæ. Et in *l. Mævius*, 52. §. 1. *ff. famil. ercisc.* ubi servus liber & hæres esse jussus cohæredibus suis id, quod apud eum reliquum est ex administratione rationum domini, non alio judicio præstat, quam familiæ erciscundæ. Cui loco iterum e diametro videtur obstare *lex pen. vers. earum autem summarum ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere cohæredibus servi actionem familiæ erciscundæ, sed ait negotiorum gestorum dari debere. Sic in simili, ut videtur, casu Labeo actionem familiæ erciscundæ dat, *lege fistulas*, 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Imperatores in *l. in familiæ*, 20. *Cod. famil. ercisc.* actionem negotiorum gestorum dari debere, non familiæ erciscundæ respondent. Ne quis autem puter nihil autem parum interesse, qua actione consors contra consortem experiatur, negotiorumve gestorum, an familiæ erciscundæ, communive dividundo, is scire debet non esse easdem horum judiciorum præstationes. Nam judicio communi dividundo & familiæ erciscundæ consors consorti hæresve cohæredi non obligatur ad præstandam exactissimam diligentiam, ut etiam nomine levissimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum gestorum judicio tenetur gestor domino negotiorum §. 1. *in fin. Instit. de obl. quæ quasi ex contr.* sed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præstet, qualem in suis rebus. *leg. hæredes*, 24. §. *non tantum*, 16. *ff. famil. ercisc.* Quomodo ergo loca superiora ἐναντιοφανῆ conciliabimus? Adhibita nimirum distinctione, ut siquidem hæres vel socius in re communi negotium individuum gessit, locus sit actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo; si dividuum, actioni negotiorum gestorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut socius non potest pro sua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro sua quisque parte gerere potest. Hanc distinctionem & conciliationem nobis suppeditent *lex 6. §. 2. vers. cæterum ff. comm. divid. l. hæredes*, 25. §. *si unus*, 15. *& seq. ff. fam. ercisc. l. si commune*, 40. *ff. de neg. l. fistulas*, 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* Igitur ubi unus e cohæredibus rem communem vendidit & pretium percepit, cum eo non est cohæredi actio familiæ erciscundæ, sed aut mandati, si mandatum præcessit, aut negotiorum gestorum, si cohæres ratam habuerit venditionem, quia suam solius partem vendere potuit, *leg. in familia*, 20. *C. fam. ercisc.* Similiter, si pro communibus ædibus damni infecti vicino in solidum caveto, negotiorum gestorum actione, non communi dividundo judicio, quod præstiti, petere debeo: quia potui partem meam defendere sine parte socii, *d. l. si communis*, 40. *ff. de neg. gest.* Ex contrario, si unus ex cohæredibus noxali judicio servum hæreditarium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expediret; aut si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitteretur, quia pro parte expediri non possunt, judicio familiæ erciscundæ est locus, non negotiorum gestorum, *l. hæredes*, 25. §. *si unus*, 15. *ff. famil. ercisc.* Pari ratione, si unus e cohæredibus debitum hæreditarium solverit, ne pignus veniret, familiæ erciscundæ judicio experietur, quia pignoris oblatio est individua, *l. his consequenter*, 18. §. *ult. & dict. l. 25. §. idem observatur*, 14. *eod.* Eandem ob causam & in specie, *l. fistulas*, 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* non negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ agitur, ut in fine §. indicat ipse Jurisconsultus. Nulla vero pugna est inter *d. l. Mævius*, 52. §. 1. *ff. fam. ercisc. & d. l. pen. §. earum autem summarum, ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui a servo cohærede gesti datur cohæredibus ejus actio familiæ erciscundæ: In hac eodem nomine sola negotiorum gestorum. Nam in illa casus proponitur, quo pecuniæ ex administratione gesta vivo domino, reliquæ erant in hæreditate mortis tempore, & proinde non alio Judicio, quam familiæ erciscundæ earum summarum nomine servus apud quem reliquæ sunt, cohæredibus teneatur. At in hac specie proponitur contraria, quando scilicet servus pecunias a debitoribus Calendarii exegit demum post domini mortem quo casu cum potuerit suam solius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, sola negotiorum gestorum actio adversus eum nomine exactarum summarum cohæredibus competit, ita recte Costallius & Cujacius post Glossam in *d. l. pen.* Bronch. *sen. 2. assert. 13.* Quod si ratio hujus distinctionis quæratur, ea non est usque adeo obscura. Nam cum cohæres vel consors negotium individuum gessit, creditur id seciſſe, tamquam cohæres aut consors potius, quam alius quilibet, propterea quod id gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: & ideo hic locus est actioni familiæ erciscundæ aut communi dividundo. Quod si non propter partem suam causam gerendi habuit, sed cum eam per se recte administrare posset, nihilominus totam rem communem administravit, hoc casu partem cohæredis aut socii sui administrasse intelligitur tanquam amicus & ne-

Digitized by Google

& negotiorum geſtor, tatione nimirum contraria, itaque hic actio negotiorum geſtorum dumtaxat competit, *leg. hæredes*, 25. §. *non tantum*, 16. *ff. fam. erciſc. l.* 6. §. 2. *ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc diſcedere, niſi negotium nobis faceſſerent *l. filiæ*, 18. §. 1. *C. famil. erciſc. & l.* 3. *C. de neg. geſt.* initio hujus capitis a nobis allegatæ, & denique *l. liberto*, 31. §. *ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc ſcribo, forte incidit in *d. l. filiæ* §. 1. Imperatores ſimpliciter reſcribunt, non eſſe ambiguum, quin ſumptus ab uno bona fide facti in communi hæreditate ſervari poſſint, vel familiæ erciſcundæ judicio, vel actione negotiorum geſtorum: quibus verbis videntur ei, qui ſumptus fecit, poteſtatem concedere eligendi, qua actione experiri malit ſine ulla diſtinctione negotii quod geſtum eſt, utrum eos ſumptus pro parte ſua tantum facere poterit, nec ne. Reſpondemus, quod illic ab Imperatoribus omiſſum eſt, ſumendum eſſe ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in caſu ſuo habili: nempe ut ſumptus ſervari poſſint judicio familiæ erciſcundæ in negotio individuo, veluti ſi ædes communes fulſit, &c. actionem autem negotiorum geſtorum in negotio dividuo, veluti ſi æs alienum hæreditarium ſolvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l.* 3. *C. de neg. l. ſi comm.* 40. *ff. de neg. geſt.* Evertere autem totam hanc diſtinctionem videtur locus in *d. l.* 3. 3. *C. de neg. geſt.* in cujus loci caſu ſecundo datur cohæredi, qui pignus liberavit, vel familiæ erciſcundæ actio; vel negotiorum geſtorum. Atqui pignus pro parte liberari non poteſt, *leg.* 1. *l.* 2. *C. ſi un. ex plur. hæred. cred.* ac proinde: ſi vera eſt diſtinctio ſupra poſita; dicendum erat hoc caſu non actionem negotiorum geſtorum, ſed ſolam familiæ erciſcundæ, competere, ſicut ab Ulpiano in tali ſpecie reſponſum eſt, *leg. his conſequenter*, 18. §. *ult. l. hæredis*, 25. §. *idem obſervatur*, 14. *ff. de hæred. petit.* Cæterum non eſt quod hac objectione moveamur. Duplex in *diſt. l.* 3. *Cod. de neg. geſt.* proponitur caſus: unus, ubi totam pecuniæ ſummam cohæres ſolvit, pro qua nullum pignus datum erat, quo caſu datur ſola actio negotiorum geſtorum: quia negotium dividuum eſt, ubi pecunia ſine pignore debetur, *leg.* 2. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox ſequitur, eſt, cum pro communi debito hæreditario pignus datum eſt. Quia autem pignoris obligatio eſt individua, non poteſt unus e cohæredibus ne quidem ex parte illud liberare pro ſua tantum parte ſolvendo, *leg.* 1. *leg.* 2. *Cod. ſi un. ex plur. hæred. cred.* Porro in hoc poſteriore caſu diſtinguendum eſt, utrum hæreditas jam ante diviſa ſit judicio familiæ erciſcundæ & nihil commune remanſerit, nec ne. Priore caſu ex neceſſitate datur actio negotiorum geſtorum, quoniam ſicque familiæ erciſcundæ judicium intentum intentari poteſt, *l. filia*, 20. §. *familiæ*, 4. *ff. famil. erciſc.* neque locus eſſe poteſt judicio communi dividundo, ubi nihil remanſit indiviſum, *leg.* 1. *ff. comm. divid.* Poſteriore caſu ubi hæreditas nondum diviſa eſt, ſola competit actio familiæ erciſcundæ: quam diſtinctionem locus ipſe ſuggerit. Nam prior caſus eſt in verſ. *ſive pignoris liberandi* uſque ad illum, *vel judicio*, argumento a contrario verborum ſequentium ſenſus poſterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciſcundæ, ſi non eſt inter vos redditum*. Locus ultimus, qui huic noſtræ & communi diſtinctioni objicitur, eſt *l. liberto*, 31. §. *ult. ff. de neg. geſt.* ubi ei, qui in defenſione communis aquæ, id eſt, ſervitutis aquæ ſive ducendæ ſive hauriendæ, ſumptus fecit, non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum actio datur: cum tamen ſervitutes prædiorum ſint individuæ, *l.* 72. *ff. de verb. oblig.* & ideo ſecundum diſtinctionem ſupra poſitam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actio dari deberet. Anton. Faber ad hunc locum in *rational.* reſpondet potuiſſe ſocium partem ſuam communis aquæ ita defendere, ut tamen ſocii ſui partem defendere non cogeretur: etſi enim ſervitus per partes acquiri non poteſt, tamen per partes poſſe retineri, *l.* 8. §. 1. *ff. de ſerv. l. ſi quis*, 30. §. 1. *ff. de ſerv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per ſe juris prædii communionem eſſe, & ideo hic non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum agendum per textum expreſſum in *l. arbor*, 19. §. 2. *ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto*, appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAPUT XXXVIII.

An in judicio familiæ erciſcundæ abſolutio & condemnatio facienda in perſonis omnium?

SI in libello plures ſeu pluta capita comprehenſa ſint, vix dubium eſt, quin ſententia ſuper aliqua aut aliquibus eorum lata valeat, niſi capita connexa ſint, ita ut ſeparari nequeant, *l. etiam*, 29. §. 1. *ff. de minor.* ubi Gloſſ. Barr. & alii, *leg. pen. C. de tranſact.* quot enim ſpecies ſunt ſeu litis capita, tot ſunt ſententiæ, id eſt, tot ſententiæ ſeparatim ferri poſſunt, *l. quid tamen*, 21. *ff. de recept. arbitr. l. ſcire debemus*, 29. *ff. de verb. oblig.* & ibi Alex. *l. pen. Cod. de ſent. & inter loc.* Vant. *de null. ſent. ex def. proceſſ. n.* 100. Sed & ſi unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum eſt, ſi plures in lite, & eorum quidam poſt litem conteſtatam reip. cauſa abeſſe cœperint, neque defendantur: nempe ſententia n ferri poſſe ratione præſentium, & abſentium reſpectu judicium diſcindi, *leg. non idcirco*, 44. *ff. de judice*, & ibi Gloſſ. & DD. niſi forte cauſa individua ſit, *leg.* 4. *ff. ſi ex nox. cauſ. ag.* Vant. *diſt. loc.* Quin & ſi generali judicio diviſorio actum ſit, puta familiæ erciſcundæ, & quædam ex rebus hæreditariis indiviſæ relictæ, valet nihilominus ſententia, & de rebus indiviſis communi dividundo agi poteſt, *l. ſi filia*: 20. §. *familiæ*, 4. *ff. famil. erciſc.* At ſi unum duntaxat ſit litis caput & unus adverſarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium ſcindi non poteſt, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, ſed totam cauſam ſententia dirimi oportet, *leg.* 19. 1. *ff. rer. arb.* v. c. ſi peritis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus ſit, non valebit ſententia, niſi de reliquis 50. abſolutus fuerit. In appellationis autem judicio ſententia prior partim confirmari, partim infirmari, poteſt, *leg. quædam mulier*, 47. *ff. fam. erciſc. l. ult. ff. de jur. patr.* Bartol. *en l.* 1. *C. ſi adv. rem jud.* Ex quo porro illud ſequitur, eandem ſententiam partim juſtam eſſe poſſe, partim injuſtam, partim valere, partim non valere, ut in ſpecie *diſt. leg. quædam mulier*. Diviſio, quam fecit judex familiæ erciſcundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obſtare videtur, quod Paulus reſpon-

respondet in *leg. in hoc judicio*, 27. *ff. eod. tit.* in judicio familiæ erciscundæ condemnationes & absolutiones in omnium personis faciendas esse, & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valere, adjecta hac ratione, quia non potest ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc significat, judicem non posse de re, quæ tota in judicium deducta est, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura sunt petitionis capita, sententiam super uno eorum latam valere, & in familiæ erciscundæ judicio posse aliquid indivisum a judice relinqui, cujus divisio postea petatur judicio communi dividundo. Cæterum nullam hic esse pugnam, loco illo Pauli expositio, nempe *d. l. in hoc judicio*, 27. *ff. fam. ercisc.* patebit. Ait Jurisconsultus: *In hoc judicio condemnationum & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt*. Quod notandum est. Ex eo enim intelligimus loqui Jurisconsultum de præstationibus hujus judicii personalibus, quæ damni, lucri impensarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve divisione. Ex utrisque constat judicium familiæ erciscundæ, *leg. item Labeo*, 22. *ff.* 4. *ff. fam. erc. junct. l.* 3. *ff. comm. divid.* Si de rebus locutus esset, ita scripsisset. *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes*, &c. ut in *leg. cum putarem*, 36. *ff. eod. l.* 2. §. 1. *fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur, §. 4. *Instit. de offic. judic.* at condemnationum & absolutionum nullus est inter se ordo. Omissa igitur adjudicationum mentio satis indicat non de rebus, quarum adjudicatio est, sed personalibus invicem præstationibus tantum Jurisconsultum loquutum esse, quamquam & in rerum adjudicatione hoc observandum, ut de re, quæ tota in judicium deducta est, plena sententia feratur. Potest quidem aliquid in rerum divisione & adjudicatione indivisum manere in judicio familiæ erciscundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur; & quod sic omissum est, potest dividi postea judicio communi dividundo, *leg. filia*, 30. §. 4. *ff. famil. ercisc.* sed de qua re sententia fertur, de ea tota ferenda est non pro parte. Et sic quoque de præstationibus personalibus quæ specialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, nisi plene pronuntiet, facta scilicet, vel condemnatione vel absolutione in omnium personis, e quibus petuntur. Quippe unum judicium non potest scindi in partes ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non potest, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronuntiatum est, in partem autem omissam non valere: sed causam, quæ tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet esse sententia judicis, *leg. quælem*, 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* semiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor sunt cohæredes, qui inter se agunt judicium familiæ erciscundæ. Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impensas in communi hæreditate fecerat; Secundus & Tertius eo nomine pro suis partibus impensas sarcire damnati sunt; Quarti damnatio omissa. Non valebit hæc sententia, quia plena non est. Plena vero est, etsi non de omnibus præstationibus personalibus, quæ in judicium deductæ sunt, quasque a se invicem cohæredes petierunt, judicatum sit, dummodo in omnium persona unius ex iis nomine condemnatio, vel absolutio facta sit: quia & de capite uno litis sententia lata plena sententia est, *leg. pen. C. de sent. & interloc.* quæ Græca Justiniani constitutio a Cujacio restituta est *l.* 12. *c.* 2. *obs.* & est communis sententia. Jam credo, apparet, nullam quoque esse discordiam inter *d. l. quædam mulier*, 48. *ff. fam. ercisc.* & *d. l.* 27. *ff. eod.* Nam in specie, *dict. l. quædam mulier*. Judex non semiplenam, sed plenam sententiam protulit, de omnibus scilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omissa: itaque non peccavit in regulam *d. leg.* 27. quamvis de una parte bene, de altera male judicasse dicatur. Nimirum aliud est de diversis partibus altera bene, altera male judicare: aliud de tota in judicium deducta non integre, sed pro parte tantum & semiplene judicare, quod *dict. l.* 27. & *leg. ult. ff. de jur. patron.* improbatur. Nec hoc latuit D. Augustinum, qui breviculi cum Donatistis, *col.* 3. *legibus*, inquit, *judex prohiberur semiplenam proferre sententiam*. Cujac. *lib.* 23. *obs.* 2. Dices fortasse, cur igitur appellatur a sententia in specie *dict. leg.* 27. lata? Respondeo, quia judex etiam libertos diviserat, qui nullo jure dividi poterant, cum non sint in patrimonio defuncti, nec in rebus hæreditariis. Itaque valet quidem hæc sententia, at per appellationem potest rescindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium est, quin judex appellationis possit sententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte rescindere. Alii aliter respondent, sed meo judicio, minus bene: quod nunc non tango.

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda sit rei debitæ æstimatio, si ea creverit aut decreverit?

Quæstio hæc valde perplexa est, nullusque est hodie vel judex, vel patronus, vel Jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æstimationem, quæritur, ad quod tempus æstimatio referri debeat, ut ait Cujacius, *tract. ad African.* 8. *in leg. hominem*, 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejusdem generis & æque bona creditori reposcenti reddatur, *l.* 2. *pr. leg.* 3. *ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejusdem generis eademque bonitate, liberatur debitor quantacumque sit præsens æstimatio, quippe æstimatio extra rem est, & magis proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod si res ipsa præstari non potest, aut non æque bona, ut necesse sit condemnationem fieri in rei æstimationem, hic jam locus est quæstioni propositæ, quodnam tempus in æstimatione incunda spectandum sit. Atque hoc non in mutuo tantum, sed etiam in stipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, deposito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi respondendum videatur ex ratione juris scripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique Interpretes testentur.

Æstimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis;

Digitized by Google

dicis; jure actionis, cum in obligationem deducta est a contrahentibus, puta cum quis eam stipulatus est, ut in specie *leg. fundum*, 18. *ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in specie *leg. hominem*, 37. *ff. mand.* Officio judicis venit æstimatio, cum petitur res ipsa, quæ in obligationem deducta est, sed ea præstari non potest, aut non potest tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei succedit ejus æstimatio, *l. plerumque*, 10. *in fin. ff. de jur. dot. junct. leg. si servum*, 91. §. *ult. de verb. oblig.* & ita cape *leg. vinum*, 22. *ff. de reb. cred.* Cum petitur æstimatio jure actionis, quæstio hæc locum non habet, utrum creverit, aut decreverit æstimatio. Eam enim æstimationem judex adjudicat, in quam debitor initio se obligavit, *dict. leg. fundum*, 18. *ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *dict. leg. hominem*, *ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem deductum, estque hic æstimatio ipsum principale debitum, quod ex obligatione præstandum est: ideoque sicuti homini promisso ipse homo petitur, ita & promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in obligatione deducta est petenda & præstanda erit. At cum æstimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæstio, non in pecunia credita, cujus est perpetua æstimatio, *leg. 1. ff. de contr. emption.* sed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æstimantur, *leg. si ita*, 42. *de fidejuss.* item in cæteris rebus debitis ex quoquo contractu. Veteribus in hac quæstione placuit hæc distinctio, ut siquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æstimanda spectaretur dies adjectus insuper habito, an contractus sit bonæ fidei, an strictis juris, *leg. vinum*, 22. *ff. de reb. cred. leg. ultim. de cond. trib. leg. qui autem*, 12. §. 1. *ff. si quis caut. jud. leg. si calendis*, 11. *ff. de re judic. leg. quotiens*, 59. *ff. de verb. obligat. leg.* 37. §. 1. *ff. mand.* Diem autem adjectum hic spectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere judicem auctæ æstimationis rationem habere, in strictis judiciis usque ad litem contestatam, in bonæ fidei usque ad condemnationem, quasi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inspici, quanti res plurimi post moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit, *dict. leg. vinum de rebus cred. dict. leg. ultim. de cond. tritic.* usque ad litem contestatam ut extremum in strictis judiciis, usque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.* Non obstat *lex cum quis*, 22. *ff. de oblig. & action.* Nam illa Jurisconsulti verba, *ejus temporis æstimatio spectanda est, qua salvi accepit*, sic accipienda sunt, ut significetur id tempus, quo ut merx solveretur, fidejussor se obligavit: vel Cujacio in *dict. leg. cum quis*, *tract. 5. ad African.* & in *leg. quosdam*, 59. *de verbor. oblig.* ponendus casus, quo fidejussor intervenit, cum jam dies venisset, quo reus solvere debuit, *arg. leg. 9. §. 3. ff. de pignor. action.* Quod si pura sit obligatio, in bonæ fidei judiciis spectatur tempus litis contestatæ, ut terminus a quo, tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem, nisi res perierit: quia res antea extincta non potest æstimari, quanti tunc est, cum sententia fertur, & ideo æstimatur, quanti fuit tempore interitus, per *leg. 3. de condit. tritic.* In strictis autem inspicitur tempus litis contestatæ dumtaxat, id est, ut terminus a quo & ad quem simul, *dict. leg. 2. §. 2. ff. commod.* nisi mora facta sit, quo casu tempus moræ est terminus a quo in utroque genere judiciorum. De strictis est in *leg. hominem*, 37. §. 1. *ff. mandat.* de bonæ fidei in *leg. 3. §. ultim. leg. si sterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt.* Licet enim raro sine mora ad judicium perveniatur, *leg. 3. princ. ff. de usur.* aliquando tamen id fieri potest, *leg. sciendum*, 21. *& seq. eod.* Itaque quantum æstimatio crevit a tempore moræ usque ad judicium acceptum in strictis, in bonæ fidei contractibus usque ad rem judicandam hic præstandum erit, *leg. 3. §. 2. ff. commod.* Contra si creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æstimabitur, quanti pluriml, argum. a contrario. Quod si quis jam quærat, cur in strictis judiciis tempus litis contestatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum spectetur; ratio hæc est, quia in strictis judex adstringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc est cum petitur, *leg. 2. ff. de usur.* & huc pertinet, *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita est, judex formulæ non est adstrictus, & potest judex etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, sicut exceptiones formulæ non inserias post litis contestationem potest admittere, *leg. plane*, 38. *l. ultim. ff. de hered. petit. leg. 3. ff. de rescind. vend.*

Non obstat *lex 5. §. ultim. ff. de in lit. jurand.* ubi si post moram aut culpa debitoris res perierit ante litem contestatam, & judex aditus sit, ea jurejurando in litem æstimanda dicitur etiam in strictis judiciis. Nam liberum est actori recusare jusjurandum, si de æstimatione testibus aut instrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum est, *leg. quod si*, 71. *ff. de rei vindic.* & quærimus hic non de æstimatione quæ sit a parte, sed a judice. Nihil quoque in contrarium facit *lex cum fundus princ.* 31. *ff. de reb. cred.* quia illic nulla quæstio est de æstimatione rei petitæ, sed fructibus, & accessionibus & causa rei. Certum autem est quod post judicium acceptum omnem causam actori præstandam esse, id est, id omne, quod habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ res petita restituta aut soluta fuisset; hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent, *dict. l. 31. de reb. cred. l. præterea*, 20. *leg. ex diverso*, 35. §. 1. *ff. de rei vind. l. 2. l. 3. §. 1. l. videamus*, 38. §. *si actionem*, 7. *ff. de usur. l. ædiles*, 25. §. *item sciendum*, 7. *ff. de ædil. edict.* Non adversatur etiam *lex 7. §. 1. ff. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ stricti juris actio est, si quæratur, cujus temporis æstimatio fiat id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fuit semper, hoc est ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit, usque ad litem contestatam æstimatur, *leg. ultim. in fin. eodem tit.* Fac. *leg. pen. ff. de act. rer. amot.* Nec advertatur huic responsioni *lex 2. §. 3. ff. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in condictione furtiva æstimationem restringi ad annum retrorsus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia, sed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ usque ad acceptum judicium æstimari. Magis obstat *lex 3. de condit. tritic.* ubi in æstimatione rei faciendæ condemnationis tempus spectari dicitur in condictione triticiaria, quæ creditur esse stricti juris. Respondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus specie, sed tantum qualitate adjectitia: &

aliarum quarum est adjectio, naturam imitari, *argum. leg. 1. ff. eod. titul.* sicut actio de peculio, institoria, exercitoria, &c. non sunt actiones per se constantes, sed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depositi, ex empto, ex stipulatu, &c. adjectione, quarum actionum naturam & ipsæ imitentur. Quapropter casus habilis in *d. l. 5.* ponendus est, nempe si triticiaria de æstimatione agatur ex causa bonæ fidei judicii, puta ex causa commodati, depositi, pignoris, &c. non aurem si eadem actione agatur ex causa mutui aut stipulationis. Ita Julius Pacius, *cent. 3. quæst. 72.* alii aliter. Ant. Fab. *l. 18. conject. 4.* putat *d. l. 3.* intelligendam de casu, quo post condemnationem triticiaria de æstimatione agitur, & fortasse rectius: sed amplius deliberandum. Vide Cujac. *in l. quoties 59. ff. de verb. obl.* Don. *in leg. vinum 22. ff. de reb. cred.* Duar. *ad titul. Cod. si cert. pet. cap. 8.* Hotomann. *ill. quæst. 19.* Ant. Fab. *16. conject. c. 1. & seqq. & Cod. for. tit. si cert. pet. defin. 7. & seqq.* Perez. *in Cod. eod. num. 25.* Bronch. *cent. 2. assert. 19.* Schiford. *l. 2. tract. 20. & 8. seqq.*

Cæterum ex communi Interpretum sententia cum de ineunda rei æstimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & stricti juris facienda differentia, nisi cum agitur de rei æstimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda, DD. post. Bart. & Castr. *in l. 12. ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod scriptum est in *l. 3. §. 2. ff. comm.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis strictis, quam bonæ fidei inspiciendum erit tempus moræ, si qua litis contestationem præcesserit, & eo tempore res pluris fuerit, sive mora re ipsa contracta sit, ut puta venditore post acceptum pretium cessante in tradenda re vendita cujus tradendæ facultatem habet, ut in specie *l. 13. §. veniunt 20. ff. l. 5. Cod. de act. empt.* sive per lapsum dici in obligatione positi, ut in *d. lib. 21. & l. 11. ff. de re judic.* sive per expressam interpellationem vel in judicio vel extra judicium opportuno loco & tempore moræ res minoris fuerit, crescet in singula momenta æstimatio ob eo die, quo mora contracta est, in diem usque condemnationis, si non medio tempore mora purgata, nec postea rursum contracta sit, *argum. l. 8. §. 2. ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum sit, ut moroso debitori sua prosit frustratio contra *l. hominum 37. §. 1. ff. mand.* Sed & si post condemnationem crescet æstimatio per *leg. 3. ff. de cond. tritic.* sive a sententia perperam & sine causa provocatum sit; sive post quadrimestre, quod faciendo judicato datur, *l. uls. Cod. de usur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimestris temporis inducia, etiam cum mora præcesserit condemnationem, condemnati immunes erunt a periculo augmenti æstimationis, si forte interea creverit. Interdum vero juxta eamdem Interpretum sententiam spectandum tempus contractus, eaque debebitur æstimatio quæ tunc præcise fuerit, nimirum si ita ferant verba contractus, & æstimatio ipsa sit in obligatione, obligatio autem ipso contractus tempore oriatur, ut in specie *l. 28. ff. de novat.* At si obligatio præstandæ æstimationis non statim oriatur, ejus temporis habenda ratio, quo oritur, ut evenit in casu *l. hominem 37. ff. mand.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejussit & solvit: quoniam ab eo demum die, quo solvit, nascitur obligatio & jus petendæ æstimationis, per *l. 22. ff. de obligat. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abest. Hanc sententiam propter communem Interpretum fere omnium consensum Curias omnes nunc sequi testatur Anton. Fab. *Cod. for. tit. si cert. pet. defin. 15.* nec in eam multis a ratione juris scripti abhorret, ut ille existimat, *add.* Costal. *ad leg. vinum 22. ff. de reb. cred.* Sande *lib. 3. tit. 4. definit. 8.*

CAPUT XL.

An si convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia causa debes, crediti nomine retineas mutua fiat?

QUæstio hæc tota Academica est, cui causam dedere duo loci inter se contrarii, non in speciem & κατὰ τὸ φαινόμενον, sed ὄντως & revera: nempe *l. singularia 15. ff. de reb. cred.* & *l. qui negotia 34. princ. ff. mandat.* Ita jus est, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam si de mea tua facta sit: in hoc enim mutuum damus, ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non potest, nisi & is qui credit, dominus fit, *l. 2. §. in mutui 4. ff. de reb. cred. junct. l. neme 54. ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium esse putatur ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat, *d. l. 2. §. 1. Inst. quib. mod. re contr. obligat. in princ.* Igitur si inter nos convenerit, ut tu pecuniam quam mihi ex causa mandati, societatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut, si, cum me mutuam pecuniam rogares, jusserim, debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet: mutuum non erit; non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta est, ut in casu priore; aut tertio numerata, ut in posteriore; sed debitorum, *l. 1. ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius 22. §. 2. l. scribit 34. princ. ff. de auro arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit summi juris ratio, si videlicet κατὰ τὸ ἀκριβέστατον res exigatur. Cæterum Ulp. *d. l. 15. ff. de reb. cred.* singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, id est, quædam benigne recepta esse contra subtilitatem juris, κατὰ τὸ ἀκριβέστατον καὶ παρὰ κανόνα, ut bene Græci *in Basil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, si convenerit inter nos, ut tu eam tamquam a me tibi creditam mihi deberes. Cujusmodi duas species profert. Prima est, cum te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum est vitandi circuitus causa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet 43. §. 1. ff. de jur. dot.* quasi ille mihi prius dedisset, ego deinde tibi *d. l. singularia in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, dum quod agimus, acceleramus, una actio sæpe occultatur, & quodammodo surripitur, *l. 3. penult. ff. de donat. int. vir. & ux.* Specica alicta quam ejusdem rei confitmandæ gratia Ulpianus in *d. l. singularia*, affert, est, si convenerit, ut pecuniam, quam ex alia causa, & nominatim ex causa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipsa exemplo superioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum censet; quia quod in duabus personis receptum est, multo magis recipi debeat in una eademque persona; utique enim facilior fictio breviorque manus tibi est, ubi una tantum est manus, ut tu scilicet videaris nihil solvisse & protinus

a me

a me accepisse. Notandum hic obiter priorem obligationem non tolli conventione & constitui novam ex causa mutui? hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra stipulationem, *l. 1. l. 2. & pass. ff. & Cod. de novat.* & novissimo jure non aliter, quam si hoc ipsum a contrahentibus expressum fuerit, se novandi animo prioris obligationis tollendæ causa posteriorem contrahere, *l. ult. Cod. eod.* sed primam tolli solutione, quamvis sine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dedisse creditori: atque eo modo ex priore causa liberatus esse, eodemque tempore pecunia a creditore ad illum profecta, quæ res mutuum constituat. Est & alia species præcedenti non dissimilis; relata ab eodem Jurisconsulto in *leg. rogasti 11. princ. ff. de reb. cred.* nempe si tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio uteretis; tuque eam vendideris; & nummos acceperis; hoc perinde habendum esse, ac si vendidissem ipse, & pecuniam inde confectam tibi numerassem. Prima species dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia 34. princ. ff. mand.* fatetur benigne receptum esse, ut hujusmodi in casu pecunia credita fiat. Sed idem responsum Africani de secunda & tertia specie negotium facessit, & quidem tale, ut Peliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa speciem secundam, videlicet, si convenerit, ut pecunia debita ex alia causa, *verbi* gratia, ex causa mandati credita fiat, ita distinguunt, ut si quidem procurator pecuniam habuerit solutioni paratam, procedat sententia Ulpiani in *d. l. singularia* si non habuerit paratam; Africani *d. l. qui negotia*, & ita quoque Costalius in *d. l. singularia*, Corasius *6. miscell.* etiam hoc in responso Africani expendit, quod per epistolam inter absentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. singularia* prætexit: sed neque illud, neque hoc potest impedire fictionem brevis manus. Pone Titium qui centum mihi debet, ex causa mandati aut qua alia, non habere paratam ad solvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non poterit soluta & retro tradita? Aut si alibi habitat, & per epistolam a me petit, ut eam pecuniam, quam ex alia causa debet, crediti nomine retineat, quidni possit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa quam dixi, fictione brevis manus? Ar egerit. Corasius nihil aliud in *d. l. qui negotia* ab Africano proponi, nisi quod epistola a procuratore ad dominum negotiorum missa sit; solius autem procuratoris voluntate a priore obligatione recedi, eamque solvi atque in aliam causam converti sine consensu domini non posse. Sed quis non videt, quam stulta, si talem casum ponamus, sit quæstio? Digna scilicet quæstio, de qua Jurisconsultus adeatur & consulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex causa mandati vel alia, se liberare, causamque debiti me ignorante aut non consentiente mutare possit? supponit Jurisconsultus creditorem epistolæ ad se missæ consensisse sive aperte per rescriptionem, sive tacite, hoc ipso scilicet, quod aperte non dissensit, nec rescripsit, *l. si filiusfamil. 19. ff. de SC. Maced.* Constat autem, pacta recte fieri per epistolam *l. 2. ff. de pact.* & epistolam, cui consentit is, ad quem mittit, pro pactione esse, *l. dot. 15. ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in specie a se proposita epistolam pro conventione seu pactione accepisse ostendunt hæc ejus verba; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa. In *fin. princ. leg. qui negotia, tamen usuras, de quibus conveneris, præstare debeat*, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius, *l. 1. §. 1. ff. de pact. l. 3. de pollicit.* nec ita loqui Jurisconsulto integrum fuit, non magis quam vestem appellare supellectilem. Postremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore causa solvisse, & rursus ex causa mutui protinus a me accepisse, sine mutua conventione locus esse non potest. Ergo pactione nuda per epistolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti; & quæritur, an ea pactione causa mandati conversa sit in causam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, usuras ex ea pactione peti posse, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem transire, *d. l. qui negotia in fin. præs.* Est igitur secundum Africani sententiam in specie proposita, pactio, de qua agitur, ad obligationem sortis ex causa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis est. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab absurdo, quod alioqui dicendum sit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Respondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri possent, quorum alterum ostendit esse a dissimili, nempe quod nummi, quos mihi debes, ex capsa depositi crediti fiunt: modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia hi nummi, qui mei erant, tui fiunt, *l. conditi 9. §. ult. ff. de reb. cred.* Alterum a simili quidem esse fatetur, nempe si debitorem meum jussero tibi mutuum rogandi dare pecuniam, eam creditam fieri: sed ait, benigne id in hoc casu receptum esse, quo innuit id non esse producendum ad consequentias, *l. quod vero 14. ff. legibus.* Notandum hic in transitu, quod si in specie inirio ab Africano proposita, & de qua hic quæritur, solius debitoris, ut vult Corasius, voluntas intervenisset, non alterum solum e duobus exemplis, quæ objiciuntur, dissimile esset, sed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuisset: quia scilicet in specie controversa unius debitoris, in exemplis objectis utriusque consensus interveneriat, quod & Schifordegerus *lib. 2. tract. 16. quæst. 5.* observavit. Quid vero Ulpianus in *dict. leg. singularia*? Is ex professo se opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, scilicet etiam in specie, de qua agimus, si convenerit, ut pecunia debita ex causa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri; multoque magis in hac specie id recipiendum esse, quam illa, ubi mutuum petenti jussi debitorem meum pecuniam dare, ducto argumento a minus probabili ad id, quod est magis probabile: quia, inquit, quod in duabus personis receptum est, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim est, ut fictio inducatur in una persona, quam in duabus: quippe facilius nulla interposita alia persona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia causa, credere tibi possum, ut tu mihi videaris solvisse, & mox a me accepisse, quam per personam interpositam. Illud procul dubio non negasset Ulpianus, ea quæ benigne recepta sunt, non esse producenda ad alia, quæ minus sunt probabilia; veluti si fictio illa brevis manus in una tantum persona recepta fuisset; sed cum

illa recepta fit in duabus perſonis; etiam ad id, quod eſt probabilius, ubi una duntaxat perſona eſt, eam producendam recte exiſtimavit. Eadem diſſenſio inter eoſdem Juriſconſultos eſt & in tertia illa, quam ſupra poſui, ſpecie, ſi tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſſe ait Ulpianus in *lib. rogatſi 11. præſc. ff. de reb. cred.* nempe ſi & pretium acceperis, *l. 19. ff. de præſcr. verb.* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit Juriſconſultus. Id enim actum eſſe proponitur, ut rem venderes & nummis uterentis, acceptis ſcilicet, quoniam non niſi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex ſententia Ulpiani fingitur pecunia prius a venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui cauſa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia, *l. 3. §. pennis. ff. de donat. inſt. vir. & uxor.* Africanus autem in eadem hac ſpecie plane contrarium reſpondet in *diſt. leg. qui negotia princ. verſ. his argumentum*, nempe eum qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non poſſe. Nam quod quidam ajunt, in ſpecie Africani ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti eſſent crediti, ut in ſpecie Ulpiani; ſed ut res ipſa vendenda data ſtatim eſſet mutua, argentum ipſum, lanx aut aliud vas argenteum, id eſt, certum corpus, in quo mutuum non poteſt conſiſtere, *l. 2. §. 1. de reb. cred.* id textus ipſe ſatis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipſum non poteſt dici ei mutuo dari: ſed hoc non alio fine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expenſis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum diſſidium ſtudent componere. Et nimis puerile eſt credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Juſtinianus hoc dixit, aut Tribonianus Juſtiniano perſuaſit. Uterlus igitur ſententia prævalebit? Quem hic ſequemur? Ulpianum ſcilicet, qui & poſterior eſt, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam ſtricti juris rationem habendam putavit, juxta *l. placuit 8. Cod. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religioſus & ſtricti juris retinentior fuerit. Non obſtat huic reſponſioni *l. ex pretio 6. ſi cert. pet.* quæ eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano poſteriorum: quoniam in illo reſcripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, incipere deberet Nicandro ex cauſa mutui: ſed cum revera ex cauſa emptionis deberetur, tantum ſimulate ſcriptum erat in inſtrumento, eam ex cauſa mutui deberi. Nulla igitur intereſſe conventio, ut ex cauſa crediti deberetur: id quod evidenter demonſtrant verba ipſius reſcripti, *ſimulatis pro infectis habitis*. Simulabatur ergo cauſa mutui, non revera agebatur, ut eſſet mutuum. Immo ex contrario ſententia Ulpiani in *diſt. leg. ſingularia*, illo Imperatorum reſcripto confirmatur, quod utique ſi abeſſet ſimulatio, demonſtrat, pecuniam debitam, ex cauſa venditionis nuda pactione in cauſam crediti poſſe converti, & de eo nulla hodie dubitatio eſt, *add.* Cujacius *tract. 8. ad Africanum in diſt. leg. quinegotia ff. mandat.* Schiſo diger *l. 2. tract. 26. quæſt. 5.*

CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?

SI quis ſcripto ſeu chirographo ſuo alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, nec intra biennium confeſſionem ſuam retractavit, is litteris obligatus eſt *princ. Inſtit. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non eſt habenda pro mere civili, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul, cui etiam competit definitio obligationis tradita, *princ. Inſtit. obl.* ut ex diviſionibus ſubjectis patet. Sed illa, quæ ex confeſſione mutui accepti intra biennium competit mere civilis eſt, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur, *diſt. princ. & tot. titul. ff. de except. non numer. pecun. junct. leg. nihil intereſt, 112. ff. de reg. jur.* nimirum mixta obligatio duorum generum eſt; una vere talis; altera præſumptiva, qualis eſt obligatio judicati, confeſſi, jurisjurandi: & talis quoque eſt ea, quæ dicitur litterarum. Nam ſicut poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel confeſſionem in jure factam, non amplius quæritur, an debeantur, *l. poſt rem 57. ff. de re judic.* ita & poſt biennium non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numerata ſit, ſed ſcriptura auctoritate juris pro veritate habetur, confitentem obligat, *diſt. princ. Inſtit. de lit. oblig. l. ſi intra 8. C. de exc. non num. pecun.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, boni ſcilicet publici & litium expediendarum prætextu. Quid ergo ſi confeſſus intra biennium cautionem & confeſſionem ſuam non retractaverit quidem, ſed paratus ſit, probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe, an non erit audiendus? Non puto. Nam ſi confeſſus poſt biennium ſcriptura obligatur, conſequens eſt eum neceſſitate rei ſolvendæ jam ita adſtringi, ut ſolutionem nullo modo evitare poſſit, eſt enim hic certiſſimus obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori, *Inſtitut. de obligat. in princ.* atque hoc etiam expreſſe reſcriptum eſt in ſpecie debiti propoſita, *diſt. leg. 8. Cod. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter poſt Accurſium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem poſt biennium adhuc audiendum, dummodo paratus ſit docere de pecunia ſibi non numerata: ita Baro Schneid. Bachov. *ad titul. Inſtit. de lit. obl.* Bronch. 2. *aſſert.* 22. Perez. *Cod. diſt. tit. de non num. pecun. num.* 14. Moventur primo, quod exceptiones natura ſua ſunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea cauſa naſcuntur, ex qua actio nata eſſet temporalis, *l. 5. §. ultim. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l. 3. Cod. de pecun. non numer.* quæ cum ſine dubio perpetua ſit, *diſt. leg. 5. §. ultim.* utique etiam poſt biennium competere debeat, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ actiones admittendæ non ſunt, *l. 6. ff. de offic. præſid.* Illicita autem & iniqua exactio eſt, ſi reus probare volens ſibi pecuniam numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo, quia non poteſt lapſus biennii debitori adimere, niſi quod prius ex biennio habuit: at

bien-

biennium solum tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *Cod. de non num. pecun.* ergo nec lapsus biennii amplius ei adimere potest.

Sed proculdubio verius est & scripti juris rationi magis consentaneum, debitorem post biennium non audiri, nec si ultro probationem offerat. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit: cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod si probatio post biennium contra cautionem admitteretur, nec scriptura jam ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem; nec novum esset hoc obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ, qua parte etiam major vis esset cæteratum cautionum, quam pecuniæ traditæ, *l. generaliter* 13. *Cod. de pecun. numer.* ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci inter omnes convenit. In summa nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendæ, ut uni iotra biennium incumberet probatio, post id tempus alteri: & consequenter expugnanda esset e catalogo verarum obligationum illa litterarum. Loci juris in hanc sententiam manifesti sunt. In *leg. adseverasio* 10. *Cod. de non num. pec.* ajunt Impp. querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod certe non potest restringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evanescere: quod utique falsum est, si post definitum tempus adhuc querelæ sive exceptioni locus est, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *leg. si intra* 8. *Codice eod.* scriptum est eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli: non potest autem compelli, qui justam exceptionem habet. Immo ille debitor esse desinit; nec vere debitum appellari potest, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, *l. Marcellus* 66. *l. nihil interest*, 112. *ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter, *l. in contractibus* 14. *princ. Cod. eod.* ubi verbis dissertissimis cavetur, ne post biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit. Hoc amplius in *dict. leg. contractus* §. 3. illud observari nominatim jubet Justinianus, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifestæ* 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituitur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *argum. l.* 1. *& l.* 2. *ff. dict. titul.* Unde perspicue apparet Justinianum nullas omnino probationes post biennium admitti voluisse. His insuper accedit textus *in leg. ult. Cod. de condict. ex leg.* ubi expresse cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus condici non potest, ratio nulla est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: sic enim Harmenopulus, *l.* 2. *prompt. tit.* 2. *n.* 4. ὁ λαβὼν ὅτι ἐλάττων γέγονεν ἀφείθη, εἰ μὴ ἐντὸς δεκαπέντε ἢ ἐνιαυτοῦ, ἢ διαμαρτύρηται περὶ τούτου ἐφ' ἱκανῶν ἔχει ἀποδείξεις: id est, qui negat numerationem factam esse, nisi intra biennium conveniatur, aut de ea re contestatur, nullam habet defensionem. Postremo, non tantum modo legimus executionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, seu protestatione facta de pecunia minime numerata, *d. l. contractus* §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc sententiam possint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod sint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exempli gratia, si filius exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & scriptus hæres ab eo hæreditatem petat, potest filius in modum contradictionis sive excipiendo queri de inofficioso, *l.* 8. §. *si filius* 13. *ff. de inoffic. testam.* sed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium: sic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret: ut diserte ait Jurisconsultus dicto loco. Constat autem, actionem de inofficioso quinquennio finiri, *dict. leg.* 8. §. *ult. & l. seqq. l.* 1. *& l.* 34. *in fin. Cod. eod.* Hoc vero ex eo est, quia potest nihilominus filius separatim sine petitione hæreditatis querelam movere ob hoc scilicet ut testamentum pronuntietur inofficiosum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipsa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci potest: nam & cautionem suam confessus condicere intra id tempus potest conditione sine causa, aut ob causam dati causa non secuta, *l.* 7. *Cod. de non numer. pecun. l. ult. Cod. de cond. ex leg.* & ultro queri sive protestari de non facta numeratione, atque hoc pacto sibi acquirere exceptionem perpetuam, *l.* 8. *l.* 9. *l. contractus* 14. §. *ult. & auth. seqq. Cod. de non num. pecun.* Quod secundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, sed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id est, confessum vel hac vel illa ad defensionem suam intra definitum tempus uti posse, *l.* 3. *Codice eodem*, sed negamus omnem exceptionem doli esse perpetuam.

Duplex enim est doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni causa nascitur, ob quam id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter iocia nihil dolo factum sit, *l.* 2. §. *& generaliter*, 5. *l.* 4. §. *penult. l.* 12. *ff. de dol. mal. exc. l. si quis* 36. *ff. de verb. obligat.* altera specialis, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, videlicet si quid ab initio gestum sit dolo malo, §. *Instit. de exc. l.* 5. *Cod. de inutil. stipul. l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc specialis doli exceptio perpetua est, & quidem non eo tantum sensu quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod semel oppositæ semper agentibus obstent, §. *perpetuæ* 9. *Instit. de exceptt.* quo eodem sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua est: nam & illa intra biennium semel contestata perpetuo obstat agenti: verum etiam respectu temporis intra

tra quod opponenda, *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum ſemper ſequitur, cum quibus concurrit, tanquam acceſſio quædam, *l. 2. §. & generaliter, 5. ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus eſt cum creditore ne a ſe pecunia peteretur: hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapſu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod ſi pactus ſit debitor, ne intra biennium a ſe peteretur, petenti intra biennium a ſe peteretur, petenti intra biennium obſtabit tam doli quam pacti exceptio: at poſt biennium neutra, *d. l. 2. §. item quæritur 4. ff. de dol. mal. exc.* Sic qui uſuras in futurum a debitore accepit, ei intra id tempus ſortem petenti pacti conventi, *l. qui in 57. ff. de pact.* & intra id tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *dict. leg. 2. §. & generaliter 5.* finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ut confeſſus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli ſe tueri poteſt propter illam: ita poſt biennium ut illa ceſſat, ita & hanc ceſſare neceſſe eſt. Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum eſt, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ, pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ litteris teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντικειμένων, quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt, hoc modo: Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus biennii ei totum adimit; atqui biennium ei tribuit, non immunitatem duntaxat probationis, verum etiam & maxime exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit, quod & expreſſum in *d. leg. 8. 9. 10. & 14. Cod. de non num. pecun.* quamquam nec argumentum a contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere notum eſt, præſ. Everh. *in op. Leg. loc. 82. num. 4. princ.* Plane ſi debitor neget ſuam eſſe ſcripturam, aut doloſe inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem interveniſſe, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere nemo eſt qui negat, *vid.* Joann. Fab. VVeſemb. *ad titul. Inſtit. de lit. obl.* Tulden. *ibid. cap. 3.* Duar. *ad lit. Cod. de non num. pec. c. 4.* Donell. *ad l. 8. ejuſd. tit.* Fachin. 2. *cont. 81.* Gudel. *lib. 3. de jur. noviſſ. c. 6.* Zanger. *p. 3. de except. c. 14. n. 55. & ſeqq.* Cæterum uſu forenſi recepta eſt communis Gloſſa, Bartoli & aliorum ſententia, comendentium etiam poſt biennium audiendum eſſe debitorem, modo ipſe paratus ſit oſtendere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, lapſumque biennii creditori tantum prodeſſe ad translationem oneris probandi in debitorem. Gomez. 2. *reſol. 6. num. 7.* Moz. *de contr. tit. de mut. n. 9.* Zanger. *ubi ſup. n. 66.* Anton. Fab. *Cod. ſuo for. de non num. pecun. definit. 1.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 37.* Sande *lib. 3. tit. 2. defin. 1.* In Gallia & pleriſque Belgii provinciis, non eſt melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quam cæteratum cautionum, agnoſcentique chirographum ſuum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam poſt biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ conſignatio. Hoc obiter, *vid.* Chriſtin. *ubi ſup.* Gudelin. *d. c. 6. in fin.* Imbert. 1. *Inſtit. for. c. 35.* Cyrian. *cenſ. Belg. ad tit. Inſtit. de lit. obligat.* Grœnew. *de leg. abrog. ad tit. Cod. de non num. pec.* & ibi citatos.

CAPUT XLII.

An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOtum eſt, tria eſſe jurisjurandi genera litis & controverſiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, neceſſarium & judiciale, his enim nominibus diſtinguuntur in *rubr. ff. de jurejur. & Cod. uls. ext. eod.* Voluntarium eſt, quod ex conventione 2. parte parti defertur extra judicium, id eſt ante cœptum judicium ſive ante litem conteſtatam, *l. jusjurandum 17. princ. ff. dict. tit.* Dictum autem eſt voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt, nec is, cui relatum eſt, illud referre, nec is, qui detulit, ſi id ei ab adverſario referatur, jurare habet neceſſe, *dict. l. jusjurandum.* Itaque huc non pertinet regula *l. manifeſtæ 38. ff. eod.* ex ſuſceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam neceſſarium fit, Beuſter. *ad Rubr. eod. num. 54. & ſeqq.* Borcholt. *tract. de jurejur. cap. 7. n. 2.* Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum, cauſis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito, *l. admonendi 31. ff. de jurejur. l. 3. Cod. de reb. cred.* quod ſic appellatur, 1. reſpectu cauſæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum, 2. reſpectu perſonæ, cui id defertur, quia id ſubire cogitur, aut pati contra ſe ſententiam ferri, 3. reſpectu ipſius judicis: eo quod vel quando non defert, vel ſine cauſa defert, litem ſuam facit, Marant. *ſpec. p. 6. act. 9. de jur. n. 2.* alias ſuppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur, *l. fin. pr. §. 1. & 2. Cod. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale eſt quod in judicio ſeu lite jam conteſtata defertur, vel ab ipſo judice poſtulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præſente & approbante judice, *l. 1. l. jusjurandum 34. §. ait Prætor, 6. l. tutor, 35. l. manifeſtæ 38. de jurejur. l. delata, 9. l. pen. Cod. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in ſpecie judiciale dicitur, eſtque generis mixti: nam ſi deferentem ſpectamus, voluntarium eſt; ſi eum, cui defertur, ex parte neceſſarium: neceſſitas in eo, quod ſaltem referre cogitur; quin & qui ſemel detulit, referente adverſario ipſe jurare debet, aut pati ſententiam pro adverſario ferri *d. l. jusjurandum, 34. §. datur 7. d. l. manifeſtæ, 38. ff. de jurejur.* Ad hoc autem poſtremum genus ſolum quæſtio hic propoſita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præſumptione juris adjuvatur, poſſit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut niſi reus juret, aut jusjurandum referat, ſententia Judicis ſit condemnandus. Negant Gloſſ. *in l. 3. Cod. de reb. cred.* Bart. Bald. Salic. Abb. & alii quos refert Maſcard. *de prob. vol. 2. concl. 937. n. 7.* Harpm. *obſerv. practi. tit. 13. obſerv. 3.* Ane. Fab. *Cod. ſuo for. tit. de reb. cred. defin. 23.* Caroc. *de juram. lit. deciſ. q. 1. principalis*, ubi *n. 4.* hanc opinionem ait magis eſſe communem. Argumenta, quæ aſſerendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere ſunt: 1. Actor & reus ad impa-

ria

ria obligari non poſſunt. At reus actore intentionem ſuam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare, *c. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus abſolvendus erit, etſi non jurer, etſi nihil ipſe præſtet, ut eſt in *l. 4. Cod. de edend.* 2. Non ſunt petendæ probationes de domo aut e ſinu rei, *l. nimis grave 7. Cod. de teſt.* ſed quicumque judicio agere cum aliquo inſtituit, eum oportet propriis allatis probationibus reum convincere, *l. 9. Cod. de obl. & act.* in quo ſi defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipſe præſtiterit, & conſequentur quamvis non jures, *d. l. 4. Cod. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, ſed ille potius, cui deferrur, & qui illud præſtat. 3. Si jusjurandum judiciale reo invito deferri poſſet ab actore nullas aliis probationes afferente, quicunque cogitabat non poſſe ſe extra judicium jusjurandum invito deferre, cauſam dolo malo in judicium deducere poterit; atque ita pro arbitrio moleſtiam creare adverſario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *cap. ult. princ. & §. 1. ext. de jurejur. l. ante pen. & l. pen. Cod. de reb. cred. l. eos qui 26. §. ult. Cod. de uſur. l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam ſententiam ſequi malo, nimirum jure publico permiſſum eſſe actori, etiamſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut ſubire, aut referre cogatur, recuſantem autem ſine juſta cauſa pro confeſſo & convicto habendum atque a judice condemnandum eſſe; quæ & communis & recepta ſententia eſt, *teſtib.* Rod. Suarez. *in l. 4. fori tit. de juram. n. 6. & ſeqq.* ubi allegat Coſt. Auguſt. Alex. & Albert. & alios. Schneid. *in §. item ſi 11.* poſt Jaſon. *Inſtit. de act. n. 21.* Gilken *ad leg. 3. Cod. de reb. cred. num. 7.* Faehin. *1. controv. 19.* Cujac. *22. obſerv. 28.* Duar. *in prior. comm. de jurejur. c. 6. & in poſterior. cap. 3.* Donell. *ad tit. de jurejur. c. 12. num. penult. & ult.* Chriſt. *vol. 3. deciſ. 1. n. 2.* & ibi citati Oſaſcus & Theſaur. pluresque alii apud Maſcard. *de probat. vol. 2. concl. 957. n. 9.* Et ſecundum hanc ſententiam memini me ex facto conſultum bis terve reſpondiſſe: nec aliter potui, cum tot ſint in hanc rem loci clari & perſpicui *l. tutor, 36. princ. ff. jurejur.* ibi, *omnibus probationibus aliis deficientibus, l. cum de indebito 25. §. penult. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione *l. penult. princ. Cod. de reb. credit.* ibi *vel in principio litis.* Ergo & quo tempore nihil dum probatum eſt, *l. ult. §. licentia 10. Cod. de jur. delib.* ibi *vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint.* Edictum quoque Prætorii indiſtincte loquitur *l. jusjurandum 35. §. ait Prætor. 6. ff. de jurejur.* ut & *Impr. in leg. 9. Cod. de reb. cred.* denique & generalis eſt definitio Pauli in *l. manifeſtæ 38. ff. eod. ad d. l. ult. Cod. de fideic.* Ratio hujus ſententiæ hæc eſt, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, ſaltem metu divini numinis extorqueat veritatem adverſario: & ſecundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, *ubi*, inquat, *argumenta & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt.* Juri quoque divino hæc ſententia optime convenit. *Exod. c. 12. v. 10. & 12.* qui locus clare oſtendit, ubi hominum deſunt teſtimonia, ad Deum reſtem poſſe provocari, præſertim quando aſſerendum eſt, quod in conſcientia latet: quo reſpiciens Apoſtolus *epiſt. ad Hebræos cap. 6. verſ. 16.* πάντα, inquit, ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος, nec ulla hic prætexi poteſt juris jurandi recuſandi cauſa, niſi metus perjurii, eo quod recuſans ſibi conſcius ſit ſe, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ ſententiæ argamentum reſpondeo, eſſe illud a diſſimili: nam cum actor inſtrumentis aut teſtibus intentionem ſuam legitime probavit, & de jure ſuo plene docuit, jam cauſa eſt ſatis liquida, ut non oporteat eum onerari ſuperfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore ſibi deberi, reoque id negante res eſt dubia, atque adhuc decidenda, & quia deficit probatio ordinaria, confugiendum ad ſubſidiariam illato jurejurando. Ad ſecundum reſpondeo, tantum abeſſe, ut actor, qui probationibus deſtitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei ſumat, onuſve probandi ei imponat, ut etiam eum ipſum teſtem & judicem in propria cauſa faciat, *l. ultim. Cod. de fideic.* & qui ob id, ſi jurare recuſet, merito habendus ſit pro confitente ſe malam cauſam habere *l. manifeſtæ 38. ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in Cod. tit. de reb. cred. n. 4.* Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri poſſe juramento calumniæ. Notum enim eſt, eum qui jusjurandum de lite detulit, adverſario poſtulante de calumnia jurare debere, id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, aut adverſarium religione utendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita uti dicit, ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit, *l. jusjurandum 34. §. 4. ff. ei d. l. ult. Cod. de fideic. l. 9. Cod. de reb. cred.* Neque hæc juris jurandi de calumnia ſpecies, quamvis rarior hodie uſus ſit, prorſus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præſtandum eſt, de quo *text. in l. 2. in fin. pr. Cod. de jurejur. propt. cal. §. 1. Inſt. de pœn. tem. litig.* ſed ſi exigatur, adhuc præſtandum juxta *d. l. 34. §. 4.* VVeſemb. *part. ff. de jurejur. num. 9.* Damhoud. *prax. civ. c. 151.* Metul. *lib. 4 diſt. 4. ſoll. 3. tit. 8.* Groenevv. *traſt. de leg. abrog. ad tit. Inſt. de pœn. tem. litig.* Ad locos qui in contrarium adducuntur, facilis reſponſio eſt. In *c. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio a parte patri deferrur, recuſari poſſe licite ac referri. Quis vero negat poſſe recuſari, dummodo ſimul referatur? Manifeſta hic committeitur fallacia compoſitionis & diviſionis, dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam ſine cauſa recuſari poteſt a referente; recuſari autem ſimpliciter ſine juſta cauſa non poteſt. In *§. 1. ejuſd. cap.* loquitur Gregorius de juramento purgationis & ſuppletorio ſeu neceſſario a Judice inſpectis perſonarum & cauſæ circumſtantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam Juriſconſultus in *l. admonendi 31. ff. de jurejur.* expreſſe agit de jurejurando, quod a judice in dubiis cauſis uni e ligatioribus defertur, id eſt ſuppletorio. In *l. eos qui 26. §. ult. Cod. de uſur.* Juſtinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui ſuſpectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator ſancit in *l. ſi quis 11. c. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, id poſtea antequam præſtitum eſſet, revocavit, dum exiſtimat ſe poſſe probare, quod intendit, ne inquam ille poſſit mutato iterum conſilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ ſententiæ aſſertores minime juvat, quin confutat potius. Tralaritium enim eſt, ceſſante ratione legis & ipſam ceſſare legem. At Juſtinianus hanc illius ſuæ con-

constitutionis rationem dat, quia absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavisti, & cum de alia probatione desperasti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo si quis ante jusjurandum non detulit, aperte cessat constitutio: neque enim revocasse intelligi potest, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen.* §. 2. *Cod. eod.* nihil aliud elici potest, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum sit, nec ne, possit quidem de facto recusari: sed an jure recusatum sit, judex despicere debeat: veluti si delatum sit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum est, &c. Quid ergo, an non manifeste huic sententiæ adversatur regula in *l.* 4. *Cod. de edend.* qui tam diserte actore non probante reum obtinere vult, nihil ipse præstat? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: ar delatio jurisjurandi ita actori jure tributa est, ut adversario nolente jurare, pro justa probatione ei cedat; neque ad reum confitentem; at qui jusjurandum subire recusat, habetur pro confitente, *l. manifesta* 38. *ff. de jurejur.* Plane si reus non utatur simplici inficiatione negando intentionem actoris, sed exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti delati vel referendi vel præstandi absolvendus erit. Idemque dicendum est, si dicat se solvisse: cum utroque hoc casu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit. Et hic locum habet, quod ajunt posse paratum probare perjurii evitare suspicionem; at simplicis & puræ negationis nulla est per rerum naturam probatio, *l. actor* 23. *Codice de probat.* & major metus est perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adversus eum præsumptio, quam ubi aliqua, Tulden. *ubi supr. num.* 5.

CAPUT XLIII.

An jusjurandum necessarium sive suppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recusari possit?

JUsjurandum necessarium seu suppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in causis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito; de quo loquuntur textus in *leg. admonendi* 31. *ff. de jurejur. l.* 3. *l.* 12. *Cod. de reb. cred.* & putamus necessarii nomen inde accepisse, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is cui delatum est, id subire necesse habet, tum quod nec remitti a judice: nec referri ab eo, cui delatum est, possit; & denique quia sine hoc jurejurando res expediri non potest ob probationum inopiam, unde & nomen suppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *cap.* 11. *de jurejur. num.* 8. quem secutus est Treutlerus *disput. de jurejur. thes.* 10. negant posse cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat, *arg. d. l. admonendi ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim sæpe judices, &c.* & quia ubi actor non plene probat, judex vel absolvere reum potest juxta *l.* 4. *Cod. de edend. junct. l.* 9. *Cod. de testib.* vel saltem ipsi reo jusjurandum deferre: per *leg.* 3. *Cod. de reb. cred.* & vulgatum illud non quidquid potestati judicis permittitur; illud continuo subjicitur necessitati juris, *l. non quidquid* 40. *ff. de judic.* Cæterum contrarium verius esse; nempe Judicem necesse habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *dict. leg.* 3. *Cod. de reb. cred. per judicem jurejurande causa cognita rem decidi oportet*, quibus sane verbis necessitati juris hoc subjicitur, non liberæ potestati permittitur. Et ratio manifesta est, quia aliter in re dubia causam decidere Judex non potest, nisi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc esse maximum remedium expediendarum litium, *l.* 1. *ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis, & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re semel cognoscere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controversiæ finem imponere; *l. de qua re* 74. *ff. de judic. l.* 1. *ff. de re judic.* Non obstat verbum *solent*, quo utitur Jurisconsultus in *d. l. admonendi*, id enim necessitatis significationem illic habet: nempe quia id ex officio & necessitate facere judex solet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur; mercenario, quod actioni institutæ inservit. Sic dicimus, non solet deterior fieri conditio eorum, qui litem contestati sunt *l. non solet* 86. *ff. de reg. juris* non solent; quæ abundant, vitiare scripturas, &c. *leg. non solent* 94 *eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio, ut videlicet nisi deferat Judex eo casu, quo oportet aut solet, appellationi sit locus. Sichard. *ad rubr. Cod. de probat. num.* 7. Cyn. *in dict. leg.* 5. *Cod. de reb. cred. num.* 7. Salic. *ibidem num.* 5. Bart. *in d. leg. admonendi num.* 59. Beuster. *num.* 119. Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem suam probavit, posse judicem reum absolvere, vel ipsi reo jusjurandum deferre, id ei simpliciter concedendum non esse iis, quæ proximo capite disputantur: perspicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum a judice non posse, ita ut secundum eum, qui remisit, judicet, sed re ipsa jurari oportere, satis probat textus in *d. l.* 3. *Cod. de reb. cred.* ibi, *accidi jurejurande rem oportet*, & textus in *d. l. admonendi* 31. *ff. de jurejur.* ibi, *secundum eum qui juraverit*. Et ratio minime obscura est, nempe quia judex non est dominus litis, sed adversarius, qui ob id solus delati gratiam facere potest eo effectu, ut pro præstito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin judex possit non dubito, si forte postea suspicio inciderit, fore, ut pejeret is, cui delatum est, aut si post delationem competerit causam alterius meliore jure nitit cætetum revocatum non habebitur pro præstito. Satis quoque exploratum est, recusari delatum non posse, nisi recusans velit contra se sententiam ferri: excepto si forte deferatur de re ignota, veluti si deferatur hæredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium subire, *l.* 4. *princ. ff. de in lit. jur. l.* 34. §. 3. *de jurejur. l.* 11. §. 2. *ff. de act. rer. amot.* Atque hanc causam puto significari in *cap. ult. ext. de jurejur.* vel si a profano judice deferatur illicitum, iisve verbis conceptum, in quæ vir bonus salva pietate & bona conscientia jurare non potest, per *l.* 5. §. 3. *ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem suam instrumentis aut testibus plene probavit, delatum, aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum recte recusabitur; aut si posteriore casu deferatur, actori poterit

terit reus appellare. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 4. *diſt.* 24. *c.* 1. *n.* 8. *& ſeqq.* An teſtes referri poſſit, quæſitum eſt. Dubitat Accurſius in *l.* 12. §. 1. *Cod. de reb. cred.* Negat Donellus *d. l.* 9. *Cod. de reb. cred. n.* 18. *& ſeqq.* item Borcholt. *c.* 7. *de jurejur. num.* 9. Mynſing. *ad rub. ext. de probat.* Affirmabat Ant. Faber, *dec.* 19. *err.* 7. quem ſequitur vir clariſſimus Collega quondam meus Dom. Petrus Cunæus in *paratit. manuſcripr.* Fatentur quidem illi proprie ei, qui detulit: referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit, referri poſſe. Sed tamen exiſtimant poſſe eum, cui judex detulit, illud rejicere in adverſarium ſuum, *arg. d. l.* 12. §. 1. *Cod. de reb. cred.* cum illi Juſtinianus expreſſe dicat aut præſtandum eſſe juramentum, aut referendum, ſive pars parti in judicio, ſive judex parti detulerit; cui ſententiæ hoc conſequens eſt, ſi judex ob ſemiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc caſu parti, cui delatum eſt, in alteram partem id rejicere. Sed reſiſtit ipſa verbi *referre* ſignificatio. Refertur enim unde illatum eſt. Quod ſi delatum non ex neceſſitate ſuſcipiendum ſit, ſed referri poſſit, cur magis hoc jusjurandum neceſſarium nuncupemus, quam judiciale, cauſam nullam video. Faremur verba Juſtinian. in *diſt. l.* 12. §. 1. valde obſcuram habere ſententiam, agnoſcimus & hiulcum illud & moleſtum dicendi genus Tribonianо familiare: ſed tamen, ut concedamus verba illa *vel ex auctoritate judicis cuicumque parti illatum*, &c. de neceſſario accipi debere: tamen quod eodem loco mox ſubjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale duntaxat pertinere omnino exiſtimamus: ſic ut ſingula ſingulis reſpondeant hoc modo, cui a judice defertur, is præciſe jurare debet, cui a parte, jurare vel referre. Argumento eſt, quod neceſſitas præſtandi relatum non indiſtincte utroque caſu utrique imponitur, ſed uno caſu tantum, & ei cui jure refertur, qui ſcilicet ipſe ante detulit: atque in hunc ſolum quadrat ratio, qua §. 1. *d. l.* 12. clauditur, *Quis enim ferendus eſt ad appellationis venient auxilium in his quæ ipſe faciendæ procuravit.*

CAPUT XLIV.

Quando & quibus in caſibus a judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium, ſeu ſuppletorium?

PRoceſtas Judicis in deferendo juramento ſuppletorio tribus conditionibus circumſcribitur, ut deferat in probationum inopia, in cauſis dubiis, & cauſa cognita, *l.* 3. *Cod. de reb. cred. & jur. urb. l. admonendi*, 13. *n. de jurejur.* Primum igitur neceſſe eſt, ut cauſa laboret inopia probationum: nam probationibus ſuppetentibus, aut ſupervacuum eſt hoc jusjurandum, ſi deferatur actori; quia & ſine jurejurando ſatis probatum, ut ſecundum eum debeat judicari; aut iniquum, ſi deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris, *leg. negantes*, 9. C. *de oblig. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, ſed in cauſis dubiis duntaxat. Dubias autem cauſas definio non eas, in quibus prres utrinque probationes ſunt; (tunc enim reum abſolvi oportet, *cap. ex literis* §. *ultim. extr. de probat. cap. inter dilectos*, 6. *extr. de fid. inſtrum. arg. l. inter pa-rem*, 38. *ff. de re jud. l. Arianus*, 47. *ff. de oblig. & actionem. cum ſimil.*) ſed eas, in quibus judex dubius eſt ob minus plenas probationes allatas, puta ſi actor unum inculpatum teſtem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum ſuppletorium deferri: ac tales caſus plures occurrere poſſunt: ita DD. *comm. in d. l. admonendi & diſt. l.* 3. VVeſemb. *par. de jurejur. num.* 10. & hæc ſententia in omnibus Curiis recepta, eamque hodie ſequimur, Coſtal. in *diſt. leg. admonendi*, Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 4. *tit.* 23. *cap.* 1. Ab hac tamen ſententia quaſi juri Juſtinianæo minus conſentanea recedunt Duar. *lib.* 2. *diſp.* 33. Donell. *de jurejur. c.* 11. *num.* 4. Anton. Fab. 19. *conj.* 1. Brunch. 2. *aſſerc.* 93. contendentes dubias cauſas intelligi eas, in quibus par eſt utrinque & plena probatio, atque illo demum caſu locum habere, quod de jurejurando ſuppletorio ſive neceſſario deferendo præcidtur. Sed hæc potius illorum opinio juri noſtro minus conſentanea, immo plane non convenire videtur. Neque enim poteſt dici cauſa laborare inopia probationum: cum ab utraque parte plene probatum eſt: ſed tunc actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habendum erit, ac ſi nihil probatum eſſet, & reus, ut dixi abſolvi debebit, *cap. cum ſunt, text. de reg. jur. in* 6. *per leg. ubi pugnantia*, 188. *ff. eod.* Et vero ſi, ut illi volunt, ubi actor uno teſte probavit, & reus nihil, nihilominus reus abſolvendus ſit, multo magis abſolvendus erit, ubi ille totidem teſtes pro ſe produxit, quot actor, Matth. VVeſemb. *conſ.* 13. *num.* 3. Nec quod illi regerunt, magni momenti eſt, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum eſt. Nam primum tunc non poteſt dici cauſa dubia. Deinde aliud eſt defectus probationum, ubi nullæ ſuppetunt, aliud inopia, ubi quædam ſuppetunt, ſed ancipites aut minus idoneæ. Cujac. *lib.* 22. *obſerv.* 28. *in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor eſt egeſtate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, ſed cum non quantum ſatis eſt ſuppetit.

Sed expendamus ſingula quæ huic ſententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium. Aut probat actor, aut non probat, illo caſu vincit ſine jurejurando, *l.* 9. *Cod. de oblig. act.* hoc caſu reus abſolvi debet, *l.* 4. *Cod. de edend.* Reſpondeo: eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed aliquid, ut loquuntur, ſemiplene. Non eoim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, propterea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. leg.* 1. *&* 2. *ff. de teſtib.* Ajunt par eſſe non probare & non perfecte probare, per *leg.* 6. *ff. qui ſatisd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam *l. ult.* C. *de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtaret, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus. At nunc contra, quia per ſe non ſufficit, ſed opinionem duntaxat inducit, ideo dicimus, ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debet. Nimirum partis quidem iſti ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe inefficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt, *l.* 5. *l.* 6. C. *de probat.* jam pro perfecta cedit & plenam fidem facit. Inſtant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum

fectum *arg. l. ſpadonem*, 15. §. *quia jura*, 11. *ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut inefficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit, conſentiente fama, aliiſve veritatis indiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt, *leg.* 5. & 6. *Cod. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producant, ſi tamen id quod pacto quis promiſit me ſoluturum pacto item deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtituto jure prætorio in conſtituentem datur, *leg.* 1. & *tot. tit. ff. de pecun. conſtitut.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium *c. veniens*, 15. C. *is qui fidem*, 30. *ext. de ſponſal.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes unam aliquam perfectam efficiant: in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuader, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes rediganter in anguſtum, contra *leg. quoniam*, *in fin. Cod. de hæred. l. pen. pr.* C. *de reb. cred. & jurejur.* Sichard. *in l.* 3. C. *diſt. tit. num.* 12. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolemnitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus ſit nullus, ut in teſtamentis; hic ſi pauciores ſint adhibiti, juramento ſuppletorio non eſt locus *l. ſi unus*, 12. C. *de teſtamen.* Salic. *in d. l.* 5. *num.* 16. Sed fortaſſe nihil adhuc profeciſſe videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem nullius, & expreſſe legibus vetitum eſſe unius teſtis, quantacumque dignitate præditus ſit, reſponſionem audiri, *leg. jurisjurandi*, 9. §. 1. *Cod. de teſtibus*. Reſpondemus, ne nos quidem hoc dicere, unius teſtis vocem eſſe audiendam, id eſt, credendum eſſe unius teſtimonio: credere eſt plene aſſentiri. Poteſt tamen unius viri honeſti & gravis teſtimonium movere animum judicis, & creare etiam non levem ſuſpicionem. Opponuntur in *leg.* 3. §. 2. *de teſtibus*, quid aut credat judex, aut parum probatum ſibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat ſeu penitus aſſentiri. Senſim ad firmam aſſenſionem pervenitur & quaſi per gradus. Plerumque levi primum ſuſpicione judex movetur, mox etiam vehementiore, qui opinionem inducit, tandem ſuccedit & plena perſuaſio ac firmus aſſenſus, accedentibus atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & aſſenſus modo plenus & integer, ac firma perſuaſio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Calliſtrato in *diſt. leg.* 3. §. 1. & 2. *ff. teſt.* Cum autem ſatis conſtet ex *l.* 5. & *l.* 6. C. *de probat.* plures probationes imperfectas, licet diverſi generis, jungi & ita junctas firmum aſſenſum mereri poſſe, neceſſe eſt, ut per ſe quoque ſingulæ conſiſtant & aliquid operentur. Finge ab actore produci teſtem unum, hominem ſpectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibuſdam veritatis argumentis confirmari: quamvis ſingula hæc per ſe plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod ſingulis pondere eſt, numero ſupplent. Finge proferri chirographum, quod is adverſus quem profertur, a ſe ſcriptum neget, eumque eſſe hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, ſit vir gravis & integræ exiſtimationis, accedere teſtem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam cauſam habere; ſed quia hæc probatio ſola & per ſe plenam fidem non facit, quæ ſcilicet ad deſiniendam controverſiam & ſententiam ſecundum eum, qui nihil amplius præſtitit, ferendam ſufficiat, hic dicimus, rem ita tranſigi oportere, ut judex in ſupplementum ejus, quod ad juſtam probationem deeſt, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præſtito ſecundum eum judicet *di l. leg. admonendi & d. l.* 3. *Cod. de reb. cred.* Qui hæc negant & ſuperiorem diſtinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, poſtulantes ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod eſt in quæſtione, quæ manifeſta captio eſt. Quæſtio hæc eſt, an omnino jus præſcribat, & præcipiat, ne ullum argumentum; aut nulla ratio in judiciis admittatur, niſi ex qua una ſola perfecta rei geſtæ fides adſtruatur? Si hoc verum eſt, non aliæ rationes in judiciis admitti atque a judice audiri debent, quam quæ ſeorſum per ſe ſingulæ ſunt quaſi apodicticæ, non alia inſtrumenta, quam ubi per ſe quodvis ſufficienter probat, eandemque fidem judici facit, quæ moveri eum poſſit ad ſententiam ſecundum eum, qui iſtud profert, ferendam; at conſequens hoc falſum eſſe ſupra ſatis demonſtratum eſt ex *leg.* 4. & *l.* 6. *Cod. de probation.*

Tertia conditio, qua poteſtas judicis in deferendo jurejurando ſuppletorio limitatur, eſt, ut id deferat cauſa cognita; *leg.* 3. *Cod. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud eſt, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob juſtas cauſas æquius eſſe videbitur; non enim ſtatim v. c. actori qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, ſed inſpiciendæ prius perſonarum & cauſæ circumſtantiæ, *cap. ultim. extr. de jurejur.* Iraque nihil meo judicio, præciſe hic definiendum: ſed multa examinanda ſunt, priuſquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur; in primis fides cujuſque & conditio perſonæ, qualitas & pondus rei de qua agitur, teſtium item, qui producuntur, prudentia, denique & probationis modus: ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi ſui ſententia æſtimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Pernicioſe igitur errant judices, qui hoc jusjurandum paſſim & ſine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorph. in *tract. de probat.* Quædam etiam cauſæ ſunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujuſmodi ſunt cauſæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ eſſe debent, ſed etiam luce meridiana clariores, *leg. ultim. in fin. Cod. de probat.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præſumptivæ, qualis eſt probatio per juramentum, *leg.* 5. *princ. ff. de pœn. l. antepen. ff. de quæſt.* Sichard. *in leg.* 3. *C. de reb. cred. num.* 5. Gail. 2. *obſerv.* 94. *n.* 3. Mynſing. 2. *obſerv.* 17. Fachin. 1. *cont.* 25. Coſtal. *ad l.* 3. *ff. de jurejur.* Dioſ. Tulden. *in Cod. de rebus cred. num.* 9. quamquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell.* 124. *cap.* 2. unde *auth. novo jure C. de pœn. jud. c.* 5. & *cap. ult. de purg. cauſ. t.* 1. *extr. de conſ.* Item cauſæ matrimoniales,

niales, Gail. *d. loc.* Covarr. *de matrim. p.* 1. *c.* 4. §. 1. *num.* 8. Item causæ civiles & arduæ & magnæ quantitatis, Sichard. *d. loc. num.* 8. Gail. 1. *obſerv.* 108. *n.* 12. Mynſing. 1. *obſervat.* 68. in quibus tamen, ſi plus quam ſemiplene probatum eſt, huic jurijurando locum eſſe volunt, puta ſi cum ſemiplena probatione concurrat aliqua ſuſpicio aut conjectura, Gail. *diſt. loc. deciſ.* 57. *Cur. Holland.*

CAPUT XLV.

An Judex poſſit ab initio modum ſtatuere jurejurando in litem, & an ex cauſa poſſit id non ſequi vel a principio non deferre?

EST genus aliquod jurisjuraudi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei ſoli defertur actori, & a noſtris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ ſunt ſpecies, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis Interpretes appellant. Affectionis jusjuranduni eſt, quo actor jurat, quanti rem æſtimet ex affectione, quo ſæpe verum rei pretium excedit, *l.* 1. *l.* 8. *ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æſtimet ex vero, ſeu quanti vere ipſius intereſit, omni affectione ſemota, *leg.* 2. §. 1. *ff. eod.* Prius in ſpecie vocatur in litem; quamquam & poſterius ſic appellatur, *leg.* 5. §. *ult. cum l. ſeq. ff. eod.* Utrumque defertur a ſolo judice *leg.* 4. §. 1. *ff. eod.* Poſterius etiam in ſtrictis judiciis defertur, re poſt moram aut culpa debitoris perempta, *diſt. l.* 5. §. *ult. & leg. ſeqq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum, aut contumaciam non reſtituentis aut exhibentis *d. l.* 5. *pr. &* §. 3. *l.* 8. *eod. l.* 3. §. 2. *ff. commod. l. qui reſtituere*, 98. *ff. de re vind. cum ſimilib.* Ad hoc poſterius, videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus, licere actori in infinitum jurare; atque id etiam judicem ſequi debere, *leg.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur. d. l. qui reſtituere*, §. 1. *de rei vind.* nec poteſt dici pejeraſſe, qui ex affectu jurejurando rem æſtimat, quia de arbitrio ſuo & affectu juravit, non de vero pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immenſum, ut in poſtea in *d. l.* 4. §. 2. explicat Ulpianus, id eſt etiam in eam ſummam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa ſumma dicatur, ad quam lis æſtimetur, hæc enim iſtorum locorum ſententia eſt, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum eſt, certa quantitas ad quam uſque jurerur, non eſt definita; ideo neceſſe non eſſe, ut jurans hic ſervet certum aliquem in jurando modum, ſed poſſe eum ex affectione pro arbitio ſuo rem æſtimare, & in eo affectioni ſuæ etiam immodice indulgere. Eodem ſenſu Juſtinianus in §. *& unum*, 4. *Inſtit. de hæred. inſtit.* dicit poſſe teſtatorem in infinitum quotquot velit hæredes inſtituere. In infinitum, id eſt, *εἰς ἀπειρον*, ut infinitum iſtic accipiatur pro indefinito incertoque hæredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur, 1. an Judex poſſit ab initio modum huic jurijurando ſtatuere, ad quem uſque juretur, 2. an poſſit aliquando Judex id non ſequi, 3. an poſſit in totum non deferre. Negat hæc omnia Anton. Faber 16. *conject.* 17. *& deciſ.* 18. *vrr.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec poſtea deminutionem aut abſolutionem judicii apud veteres permiſſam fuiſſe; immo nec ab initio non deferendi licentiam. Nos autem conſtanter dicimus poſſe atque olim etiam potuiſſe judicem taxationem huic jurijurando adjicere; poſſe & potuiſſe jusjurandum non ſequi, ſed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorſus abſolvere; denique poſſe & potuiſſe id a principio non deferre. Ad hoc autem probandum non eſt neceſſe uti argumentis longe petitis; loci in medio poſiti ſunt veterum Juriſconſultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos & tantum non iiſdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione juretur in immenſum: & reſpondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere Marcianus in *leg.* 5. §. 1. *ff. eod.* poteſt, inquit, judex præfinire certam ſummam, uſque ad quam juretur. In *l.* 3. §. 1. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum eſſe, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari ei poſſit, judice quantitatem taxante, Paulus *in l. arbitrie*, 18. *pr. ff. de dol. mal.* ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, ſed officio judicis deberę in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iiſdem locis ſimul intelligimus, jurare quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam, quæ pretium rei longe excedat, licere, atque id quoque judicem ſequi, ſed tunc cum taxatio jurijurando adjecta non eſt: ceterum ſi judex certam ſummam præfinitiverit, ad quam uſque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obſtat *l. qui reſtituere*, 68. *verſ. ſi vero non poſſit, ff. de rei vind.* quoniam verba illa Juriſconſulti, *ſine ulla taxatione*, minime referenda ſunt ad vocem *damnandus*, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipſo textu: ut ſit ſenſus, cum juravit nulla taxatione a judice præfinita, id judex ſequi debet. Sed & ſi judex modum jurijurando non ſtatuerit, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen jusjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus; verba ſunt Ulpiani in *diſt. l.* 4. §. 3. & eſt arg. in *l. admonendi*, 31. *ff. de jurejur.* Magna cauſa eſt, veluti ſi doceatur reum non deſiſſe, dolo poſſidere; aut petitorem non eſſe dominum fundi, aut pro parte non eſſe, aut partem duntaxat a reo per contumaciam non eſſe reſtitutam, atque hic locum habet, quod Juriſconſultus ait, poſſe judicem vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere. Nec quicquam mutat, *cuth. poſt jusjurand.* C. *de judic.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, ſed veritatis, quo impenſæ litis a victore æſtimantur. Gloſſa *ibidem*. Quod ſi ex novis inſtrumentis hoc jusjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc jusjurandum in hujuſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque judex, non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ultim.* §. 1 *ff. de appellat.* Duaren. *ad l.* 5. *ff. de lit. jur.* quamquam in aliis propriis accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera æſtimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *l. ult. ff. de in lit. jur.* Borchol. *tract. de inlit. jur.* C. 3. *num.* 27. & eſt in eam rem textus expreſſus in *l. quod ſi poſſeſſor*,

ſor, 71. *ff. de rei vind.* Quod vero *in l. 4. præſc. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Conditio autem in *d. l. 5. in fin. pr. ſi velit*, propria eſt hujus jurisjurandi, non adoleſcentis, Borch. *d. tract. de in lit. jur. c. 3. n. 27. & ſeqq.* Donell. 26. *comm. cap. 12.* Quid igitur eſt, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* ſcribit, ex neceſſitate juris in litem jurari? Reſpondeo primum, Paulum non loqui de jurejurando in litem ſtimationis, ſed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere neceſſitatem aliquam juris publici, ſed privati, quia cum æſtimatio rei, quæ non extat, difficillime probari poſſit, neceſſe ſit actori jurare, niſi eam ſibi perire velit. Et denique, ſic Paulum loqui reſpectu judicis, quia judex ſine delatione jurisjurandi non poteſt æſtimare rem, quem non extat, *l. 5. §. ult. ff. eod.* Illud autem ineptum eſt, quod quidam ajunt, in *dict. l. ult.* agi de neceſſitate patiendi delationem jurisjurandi impoſita contumaci, non de neceſſitate impoſita ei, cui defertur: nam neque, ut jam dixlmus, de jurejurando affectionis, quod ob ſolam contumaciam defertur, illic agitur; neque verbis juriſconſulti, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, talem ſenſum affingent, qui Latine ſciunt, ille jurat neceſſitate juris, id eſt, aliter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum juri jurando ſtatuere poteſt, ita & poteſt ab initio in totum non deferre: immo propterea quod judici licet in totum a principio non deferre, ideo & modum jurijurando ſtatuere poteſt, ne ultra certam quantitatem juretur: ratio & collectio Ulpiani in *dict. l. 4. §. 2.* item Marciani in *d. l. 5. §. 1. ff. eod.* & ibi vulg. DD. Poteſt ergo judex & taxare quantitatem, in qua juretur, & ideo poteſt, quia poteſt in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l. 4. §. 1.* ſcribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre; quippe quo hoc tantum ſignificatur, ſi quo caſu deferendum ſit, a judice deferendum eſſe, non a parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamſi de dolo & contumacia adverſarii aperte & liquido conſtet, eſſe in poteſtate Judicis non deferre, ſed ubi de eo ambigitur nec ſatis liquet. Nam quæ Judicis arbitrio permiſſa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, ſed commiſſa viro bono cum neceſſitate arbitrandi & ſtatuendi, quod ſibi æquius & melius videbitur, *arg. l. ſi ſic legat.*, 75. *ff. de legat. 1.* Duar. *ad tit. de in lit. jur. num. 29.* Coraſ. *ad l. 5. eod. num. 21.* Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fabrum moverit, ut contra tot expreſſos & claros textus ſuperiora omnia negaverit, neque injuria. Nihil enim ille ad confirmationem opinionis ſuæ profert præter locos in *l. qui reſtituere*, 68. *ff. de rei vind. l. 4. in præſc. & §. 1. l. ultim. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præſidium eſſe ſatis abundeque probavimus: & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adſcribere, quaſi in iis ipſe ſermo Tribonlani eluceat. Ait igitur *d. l. 4. §. 2.* a verbis *Sed an Judex, &c. & §. ſeq.* item *l. 3. §. 1. & 2. ff. de in lit. jur. l. arbitrio*, 18. *pr. verſ. ſed officio, ff. de dol. mal.* eſſe ex emblematis & additamentis Tribonlani, taxationemque iſtam ignotam veteribus primum a Zenone introductam, *l. 9. Cod. unde vi.* Sed profecto tot illuſtres, quos modo citavimus, locos ex π, in quibus eſt terſus & emendatiſſimus ac genuinus veterum ſermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano adſcribere nimis temerarium eſt. Aliter olent catuli, aliter ſues. Subactæ in latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Juriſconſultorum diſcernunt a circumducta & moleſta oratione Juſtiniani aut Tribonlani.

Legitimumque modum digitis callemus & auve.

CAPUT XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & conditio ob cauſam dati?

COntractuum innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l. 5. pr. ff. de præſc. verb.* do, ut des, do, ut facias; facio, ut des, facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem conſtat, præſcriptis verbis, & condictionem ob cauſam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, viſum fuerit, *dict. l. 5. §. 1. & §. 2. ff. eod. l. 7. §. 2. ff. de pact.* Præſcriptis verbis agam, ſi velim, ut ille, cui dedi, etiam ex ſua parte contractum impleat, id eſt, ut & ipſe det vel faciat, quod convenit. Atque hoc caſu ſi non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti intereſt mea illud, de quo convenit, datum aut factum eſſe, etiam de re certa danda convenerit, *dict. l. 5. §. 1. 2. & 5. l. 4. & 2. ſeq. C. de rer. permut.* Quod ſi is, cui dedi, ceſſet dare, aut facere, & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob cauſam dati, qua repetam quod datum eſt, quaſi ob rem datam re non ſecuta, *dict. l. 5. §. 1. & 2. l. 7. ff. de præſcr. verb.* Hæc autem actio non eſt ex contractu innominato, qui verus eſt contractus, ſed quaſi ex contractu ſeu tacita quadam conventione, & extra id quod expreſſe actum eſt, naſcitur, *leg. 13. in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, aguntur, alterum expreſſe, ut viciſſim des vel facias, quæ conventio efficit contractum innominatum, unde eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt: alterum tacite, ut ſi non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quaſi tacita conventione & quaſi contractu oritur condictio hæc ob cauſam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque ſuperior actio non competit: ſed ut una tantum hic, eaque expreſſa eſt conventio, unuſque contractus innominatus & verus, ita & una duntaxat ex utroque actio. Tacita conventio hic nulla aut quaſi contractus, ex quo ad repetendum conditio ob cauſam dati, quia nihil datum, ſed factum eſt: facta autem repeti non poſſunt, nec infecta per rerum naturam ficti. Quænam igitur actio duobus illis caſibus dabitur? Et quidem ex contractu, facio ut facias, darur actio præſcriptis verbis, *l. 2. §. 4. & 5. l. 9. l. 12. ff. de præſcript. verb.* condictioni autem ob cauſam dati hic locus eſſe non poteſt, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem, facio ut des non alia, quam de dolo dari videtur *dict. leg. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. l. 4. Cod. de dol.* in cujus ſpecie eſt con-

contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob causam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non possunt. Cur autem ex contractu, facio ut des, non æque detur actio præscriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, subtilissimæ disquisitionis est: nec videtur esse perpetuum, *d. l. 15. si sibi*, 22. *ff. de præsc. verb. l. 6. C. de transact.* Et sane his locis etiam ex contractu, facio ut des, actio præscriptis verbis datur, contra quam diserte Paulus in *dict. l. 3. §. 3. de præsc. verb.* Non enim possis cum Donell. *tract. de præscr. verb. cap.* 10. *& seqq.* Pauli responsum accipere de eo casu, quo is, qui fecit, a contractu recedere cupit, quo casu cum condictioni locus esse non possit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum succedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex professo agitur de actione præscriptis verbis, non de condictione nisi obiter, quippe quæ nec ex conventione expressa aut contractu innominato, nascitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa disputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præscriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. l. 5.* ubi cum actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis ex articulo do ut facias concessisset, mox §. *seq.* 3. subjicit, ex articulo facio ut des, nullam esse civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non nisi inepte talis casus proponatur, quo quis vult a contractu recedere, ubi nullo modo recedi potest, nec pœnitentiæ datur locus? Verum Interpres Azo eumque secutus Accursius in *d. l. 5. §. 3.* & nonnulli tum veterum, tum recentiorum ita distinguendum esse arbitrantur. Cum aliquod contrahitur synallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium transit, ajunt, ex contractu innominato nasci civilem actionem præscriptis verbis, ut in *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verbor.* idemque esse, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abest, ita & huic aliquid adsit, ut in *l. si tibi poliendas*, 22. *ff. dict. tit. l. 6. C. de transact.* Numquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipsi abest, contra eum, cui plane nihil ex eo abest. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias, contrahatur συνάλλαγμα, seu negotium civile, etiam civilis actio præscriptis verbis ex utroque nascitur. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non sit nuda, sed non semper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum sit, συναλλάγματος, & actionis civilis; v. c. Stichum servum meum manumisi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi servum tuum fugitivum, ut, mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etsi mihi aliquid abest, tibi tamen nihil adest, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abest, quamvis tu commodum aliquod occasione judicii consequaris: Itaque his casibus cessante actione civili præscriptis verbis, siquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, sin minus in factum, *d. l. 5. §. 3. l. 1. in fin. ff. de præscr. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum est, partem esse utriusque rationem, & quia alias etiam loco facti succedit obligatio in id, quod interest, actionem præscriptis verbis, quæ natura sua incerta est, sine distinctione dari. Antonius autem Faber in *rational. ad l. 5. §. 3. & seqq.* putat in hoc articulo admissam esse actionem præscriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri possit competere actio mandati propter similitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod sentio, non possum superiori distinctioni penitus acquiescere. Nam & in specie *d. l. 15. ff. de præscr. verb.* quamvis judicanti servum fugitivum nihil ablit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id est, præscriptis verbis & licet mox subjungat, nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præscriptis verbis danda, sed hoc significat, secundum quosdam, etiam in hac specie actionem de dolo dari, ubi dolus arguitur, relicta actione præscriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit sententiæ Pauli in *dict. l. 5. §. 2. in fin. ff. eod.* ubi in tali specie, si tibi dedi servum, ut servum tuum manumitteres, eoque a te manumisso, quem dedi, evictus est. Paulus scribit, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex sententia Juliani; si ignorans, in factum civilem: quamquam locus iste Pauli suspectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque superiore casu dedisse actionem extremis quasi primis deficientibus, in scientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum Prætorium, non civilem: atque eo nomine reprehendi a Marciano & Ulpiano in *l. 7. ff. de pact.* qui putat utroque casu in factum civilem præscriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam si in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda est etiam in scientem non de dolo: & ex contrario si in scientem datur de dolo, necessario in ignorantem danda est in factum Prætoria, qui certus est & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid interesit ad actionem præscriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitteres, eumque tu eum manumisisses, Stichus evictus sit, an ego Stichum manumiserim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu cesses dare. Neque enim aut illo casu ex tua manumissione quicquam commodi pecuniarii in me transit, aut hoc ex mea manumissione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: sunt enim ἐκ περιουσίας nec sine causa existimat Cujacius ad *l. 7. §. 2. ff. de pact.* verbum illud *ei illem* apud Paulum in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præscr. verb.* esse additamentum Tribonia-ni & argumentum imperitiæ Compositorum.

CAPUT XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum solutum est repetitio detur?

QUæritum est, quomodo accipiendum sit, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error est, unus facti, alter juris. Facti error est, cum aut quod factum est, factum esse nescitur, aut quod factum non est, factum putatur. Contra qui factum quid esse scit, aut non esse factum, & tamen ignorat, quid hic sibi jure tribuatur, is id jure errat,

l. 1. *ff. de jur. & fact. ign.* ubi hæc res exemplis declarant. Si quis sciens se non debere solvat, cessare repetitionem juris est explorati, *l.* 1. §. 1. *l. si non sortem*, 22. §. *indebitum*, 3. *ff. de condit. ind.* quippe cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus*, 5. *ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris est repetitioni locum esse, si quis cum putaret se debere in facto errans, quod non debebat, solverit, *l.* 6. *l.* 7. *Cod. de cond. ind. l. error*, 7. *de jur. & fact. ign.* Illud solum quæritur, an etiam ei condictio sive repetitio detur, qui quod nec debebat, solvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores, Cujac. 5. *obs.* 39. Duar. *ad tit. de condit. indebit. cap.* 7. Donell. 1. *comm.* 21. Bronc. 2. *aff.* 36. Perez. *in Cod. de cond. ind.* 12. Affirmant Interpretes veteres, eosque secuti, Zas. *ad rubr. de cond. ind. num.* 5. Sichard. *ad rubr. & l. Cod. eod.* VVesemb. *par. eod. num.* 9. Tuldeu. *Cod. eod. num.* 4. Grot. *lib.* 3. *introd. ad Jurisp. Batav. cap.* 30. Christin. *vol.* 3. *dec.* 8. Bachov. *disp.* 4. *de act. thes.* 17. Antequam vero sententiam nostram aperiamus, quoniam de indebito soluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum sit, quod neutro jure, id est, neque civili jure, neque naturali debetur. Sed quid si jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali, aut e converso? Si tantum jure civili, id est, si ex ea obligatione debeatur. Cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum est, ejusque per errorem soluci, ut vere indebiti detur repetitio *l. si non sortem*, 26. §. 3. *l. qui exceptionem*, 40. *l. si quis*, 43. *l. ex his omnibus.* 54. *ff. de cond. indeb.* Nimirum hujusmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non est, quoniam naturæ jure non debetur, immo nec vere debeti intelligitur jure civili *l.* 3. §. 1. *ff. de pecuniæ constit. l. nihil interest*, 122. *ff. de regul. jur.* Naturale autem debitum, ut ut jure civili, seu summo jure debitum non sit, in hac tamen causa pro vero debito habetur, ideoque etsi exigi non potest, solutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. naturales*, 10. *ff. de obligat. & action. l. indebiti*, 13. *l. si pœna*, 19. *l. si non sortem*, 26. §. *libertus*, 12. *l. Julianus*, 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. §. *ult. ff. quod quisq. jur.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, summa ratione denegatur ejus per errorem soluti repetitio. Sed etsi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem naturalem consensu constitutam tollere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse Julianus & Paulus respondetunt, *dict. l. Julianus*, 60. *ff. de condit. indeb.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusconsulti Macedoniani. Nam & filiusfamil. si mutuam pecuniam contra senatusconsultum acceperit, & patersam. postea factus perperam solvetit, non sepetic, quoniam naturalis obligatio manet, *leg.* 9. *in fin. & l. seq. ff. de S C. Maced.* Affertur & alia denegandæ ex hac causa condictionis ratio in *l. qui exceptionem*, 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non est perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus, eod.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum putasem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de SC. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex obligatione naturali debetur, quæ civilis & simul naturalis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si etiam ipsa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis est mulieris intercedentis, *l. si mulier*, 16. §. 1. *ff. ad SC. Vellej.* prodigi promittentis, *l.* 6. *ff. de verbor. obligat.* aut alias destituta sit juris civilis auxilio, licet admittat accessiones qualis est pupilli sine tutoris auctoritate contracta, talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio soluti datur, ac si quod ex ea causa solutum est, ne jure quidem naturali deberetur, *leg. qui exceptionem*, 44. *& l. seq. ff. de cond. ind. l.* 9. *Cod. ad SC. Vellejani. dict. leg.* 6. *ff. de verb. obl.* Ejusdem generis est & obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum: quamquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *leg.* 9. *Cod. ad l. Falcid. l.* 7. *Cod. de cond. ind.*

Jam quod ad quæstionem propositam attinet, subscribo sententiæ veterum Interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse, si nulla subsit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indulti ex bono & æquo introducta est *leg. penult. de condit. indeb.* ac proinde nonnisi exceptione æquitatis ex adverso excludi potest. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, sive quod causa debendi ab initio non valuit, sive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l.* 14. *ff. de compens.* accessiones non admittat, *leg.* 3. §. 1. *ff. de pecun. constit. l.* 7. *ff. de fidejuss.* cum Prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, *leg. nam postea quam*, 9. *ff. de jurejurand.* quo tamen & ipso ostendit se id pro debito non habere, quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, repeti non posse? Prima enim æquitatis regula est neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *leg. nam hoc*, 14. *de cond. indeb.* Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci, ut credam exactum ex his causis; licet per errorem juris solutum sit, retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *leg.* 7. *ff. de cond. ob turp. caus.* Ubi Pomponius diserte ait, ex stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta sit pecunia, repetitionem esse. Porro & extra hujusmodi casus Julianus post Nervam & Atilicinum respondit, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam

er-

errore juris, *leg. qui se debere, 7. ff. de cond. caus. dat.* Similes loci sunt in *leg. cum is*, 32. §. 2. *leg. si quis*, 43. *leg. si fidejussor*, 59. *ff. de cond. indeb. leg. 5. Cod. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare potest, nisi summe negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur, *leg.* 9. §. 2. *ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim potest proprii facti ignorantiam prætendere, *leg.* 7. *ff. de SC. Vellejani ad leg. mandatum*, 57. *ff. mand. l. 1. præter. ff. ut in poss. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod toto titulo *ff. de cond. indeb.* alias satis prolixo, nusquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; sed perpetuo tribuitur errori simpliciter: sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non possit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscumque sit, non obstare repetitioni; sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probant tum *l. 1. §. 1. & leg. si non fortem*, 26. §. 3. *ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum quia donasse intelligitur, *leg.* 53. *ff. de reg. jur. leg. 7. Cod. de cond. ob caus. dat.* quod sane de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putavit, dici non potest; nec aliam ob causam in specie *leg. 1. pr. ff. ut in poss. leg.* conditio satisdationis conceditur jus ignoranti, scienti denegatur. Postremo vel maxime me illud movet, quod a Papiniano responsum est in *leg.* 8. *ff. de jur. & fact. ign.* neminl in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perspicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc responderi possit sine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum responsio captiosa est, quod condicens non laborat de re amittenda, sed de re amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero hic de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis, negatque Papin. errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam numquam possit recuperare. Et tantum non ridiculum est, quod ajunt errorem juris solvendi profuturum ad lucrum, si rem recuperaret, eo quod translato per solutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quasi vero damno non afficiatur, qui dominium rei suæ in perpetuum amittit, aut lucrum sentiat, cui damnum resarciatur. Lucrum non intelligitur, nisi quod deducto damno supersit: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abstulit. Et omnino quod id Papinianus in *leg. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere id quod ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Nec obstat huic definitioni *lex si fidejussor*, 29. §. 1. *ff. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant: debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum factum non ignorarer, jure errans solvit: negaturque hoc casu competere fidejussori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Et iisdem locis aperti erroris convincuntur, qui eamdem sententiæ & ignorantiæ juris rationem esse volunt. Quid enim si accipiens quoque in jure erret, dicentne, hunc furem esse? aut si sciat esse indebitum & creditorem se simulet, negabunt esse furem, propterea quod solvens eo quod in jure errat, pro sciente & donante habeatur? *vid. leg. quoniam*, 18. *ff. de cond. furt. leg. falsus*, 43. *pr. ff. de furt.* Quid ergo est? Acquirere volentibus juris error non prodest, *dict. leg. 7. ff. de jur. & fact. ign.* Exempla in *leg.* 4. *ff. eodem l.* 10. *ff. de bon. poss. leg. numquam*, 31. *ff. de usuc. leg.* 11. *Cod. de jur. & fact. ign.* suum vero petentibus & in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *d. leg. 7. & d. leg.* 8. Et quod dicitur, juris ignorantiam nocere, *l. 9. ff. eodem* sic accipiendum est non prodesse, lucro non officere: cæterum nec damno. Enimvero meminisse oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quominus solutum repeti possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is, qui solvit, naturalis qualis qualis debitor est, quæ res simul justam retinendi causam accipienti tribuat, hoc sane casu distinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce cum essem filiusfamilias, mutuam pecuniam contra senatusconsultum accepi, & paterfamil. factus solvi, si per ignorantiam juris, non repetam, si per errorem facti, contra, *argum. leg. qui exceptionem*, 40. *de cond. indeb. leg. 9. in fin. cum leg. seq. junct. leg. ultim. ff. de SC. Macedon.* Solvi fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem, quia forte quinque testes non adfuerant, qui numerus in fideicommissis legitimus est, §. *ultim. Instit. de fideicomm. hæred.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *leg. 2. Cod. si adv. solut. l. 7. Cod. de cond. indeb. leg. 9. Cod. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, *argument. leg. 2. Cod. de fideicomm. leg. in testamento*, 38. *de fideicomm. libert. leg. 5. si quis*, 15. *ff. de don. inter vir. & uxor.* justam facit retentionem. Et hoc puto significare Grotium, *lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. cap.* 30. his verbis: *Tenuvar eenige rechtmatige reden tot te hotalinge hadde gheduent.* Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *leg.* 10. *Cod. de jur. & fact. ign. leg. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum quod ego in jure erravi, tu justam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, *arg. leg. non dubit*, 41. §. 1. *ff. de regul. jur.*

CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis causa etiam extra judicium efficaciter renuntiet Senatusconsulto Vellejano?

FŒminæ non minus quam masculi ex contractibus suis obligantur. Excepta est intercessio senatusconsulti Vellejani providentia. Id autem ideo senatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis est & intercessio, *leg. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non sola opera nudumque ministerium versatur, sed etiam periculum rei familiaris, *l. 3. princ. & §. 1. ff. ad SC. Vellejan.* Et proinde prospexit senatus, ne remoto præsentis periculi metu alienam obligationem facilitate sua suscipiendo (ut est sexus avarus quidem, sed incautus, non prospiciens damnum, quod ante oculos positum non est) obstringeretur, *l. 2. §. 2. ff. eod.* Subveniat autem ita mulieri, ut si de intercessione constet, nulla actio petitiove adversus eam detur: aut si hoc non satis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. princ. ff. de jurejur.* totam denique obligationem senatus improbavit, *l. 16. §. 1. ff. ad SC. Vellej.* Sunt autem nonnulli casus, quibus cessat senatusconsulti auxilium, 1. si mulier se obligavit pro manumissione, *l. 1. C. eod.* 2. si pro dote, *l. 12. l. ult. C. eod.* 3. si in rem suam, puta pro suo Procuratore fidejussit, *l. 3. l. aliquando, 16. ff. pro 21. & l. seq. ff. eod.* 4. si apud minorem intercedit pro debitore inope, *l. 12. ff. de minor. 5.* si dolo eum deceperit, cui se obligavit, *l. 2. §. 3. l. si decipiendi, 30. ff. ad SC. Vellej. l. 5. C. eod.* 6. si pretium intercessionis acceperit, *l. antiquæ*, 23. *Cod. eod.* 7. si debitori principali successerit, pro quo se obligaverat, *l. 8. §. plane, 13. ff. eod.* 8. si intercessionem ante biennium factam post biennium confirmaverit, atque se obligaverit iterato, *l. si mulier*, 28. *Cod. eod.* sed pro extraneo nempe, non pro marito: nam si pro marito intercesserit, etsi sæpius intercessionem repetiit, tamen intercessio inutilis est, *auth. si qua mulier*, *Cod. eod.* 9. si beneficio senatusconsulti renuntiaverit, quod citra controversiam receptum est in duabus causis; in tutela liberorum a matre aut avia suscepta, *auth. matri & aviæ, Cod. quand. mul. tut.* item si pro eo, pro quo mulier intercessit, parata sit judicium accipere, ejus liberandi causa, *l. ult. §. penult. ff. ad SC. Vellej.* quorum alterum rei necessitas expressit; recepta scilicet matris & aviæ tutela, alterum justis, quippe quod admissa solutione omnino consequens fuit, *l. solut. 23. ff. de solut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia causa extra prædictas efficaciter renuntiet Senatusconsulto, non quidem in foro, ubi sententiæ numerari solent, sed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc sententia, tanquam communis, mulierem ex quavis causa etiam extra judicium renuntiantem Senatusconsulto ex intercessione sua obligari, utique si de jure sibi competenti; & vi Senatusconsulti probe edocta sit: quamquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium est, an hæc sit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur a Gomesio *lib. 2. var. resol. cap. 13. num. 17.* Christin. *vol. 3. dec. 36.* & aliis. Sed ut hæc sit communis & recepta usu forensi sententia, ego tamen cum Alberico, Bart. Bald. Castr. Salic. Alciat. Gomes. *ubi supra & aliis ibid.* & apud Soar. *in addit.* citatis, veriorem esse judico sententiam contrariam, nimirum mulierem extra causas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio est, renuntiantem Senatusconsulto ex intercessione non magis obligari, quam si intercesserit sine renuntiatione. Hoc enim omnino consequens, est amplissimi ordinis providentiæ totam intercessionem improbantis, idque etiam publicæ honestatis causa, quod intercedere civile & virile officium videatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. 16. §. 1. ff. ad SC. Vell. l. 2. ff. de reg. jur.* Et alioqui admissa contraria opinione levi momento prudens senatus consiliuni eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renuntiatura sit: nempe ubi nullum præsens damnum est, tam facile se induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipsa renunciatio vel maxime intercessio est, utpote quæ intercessionis confirmandæ gratia interponitur? Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure suo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem potest, neque sufficit ea res ad imbecillum, & captionibus suppositum sexum deterrendum ab intercessione, ubi nullum præsens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis sit cognitio auxilii, nihilominus ramen mulieres ut maxime juris sui conscias sint, Senatusconsulto juvari constat: & semper hic militat ratio ducta a causa tum impellente tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum sentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in secunda promissione intercessio est, ut inquit Jurisconsultus in *leg. doli 19. vers. diversum ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur esse efficacior intercessione repetita. Quod vero constitutum est a Justiniano in *leg. si mulier 21. Codice ad SC. Vellej.* ut iterata seu repetita post biennium intercessio Senatusconsulti auxilium excludat, id specialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro sua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique secus est, si ante biennium cautionem repetierit. Est & allud hujus sententiæ argumentum in *leg. antiquæ 23. §. 1. Cod. ad SC. Vellej.* ubi eo casu mulieri datur exceptio Senatusconsulti, cum instrumento publice confecto & tribus testibus subsignato intercessio facta est, & ita ut hoc solo casu ipso jure teneatur, eique exceptio sit necessaria, alias Senatusconsulti auxilium non desideret. Quod si igitur mulieri non obstat intercessio tam solemnis, quominus locus sit Senatusconsulto, multo magis locum habebit in simplici renuntiatione. Utique enim non verbis, sed rebus leges positæ sunt; & quæ tam solemniter intercedit, serium profecto animum se obligandi habere ostendit, taciteque hoc ipso videtur senatus auxilio renuntiare, cum alias dolus præsumi possit. Ec bona igitur hæc connexio est: Si mulieri etiam tunc succurritur, cum instrumento publico trium testium subsignatione firmato intercessit: multo magis ei succurrendum est, cum tantum simpliciter exceptioni Senatusconsulti renuntiavit. Non obstat regula tradita in *leg. fin. Codice de pact.* quod unusquisque licentiam habet juri pro se introducto renuntiare. Illa enim regula officium suum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas personæ, aut alia consideratio privilegio locum facit, *argum. l. alia 14. ff. solution. matrimon.* ut recte Alciat. *in l. penult. Cod. de pact.* Senatus autem

autem cum improbat intercessionem, & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, sed tum propter sexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii: tum etiam intuitu publicæ honestatis, eo quod intercedere sit virile & civile officium, *l. 1. & l. 2. ff. SC. Vellej. l. 2. de reg. jur.* Et talias, ut dixi, prudens senatus consilium nullo negotio eludi posset. Fundatur maxime contraria opinio in *l. ult. §. pen. ff. ad SC. Vell.* ubi Jurisconsultus ait, si mulier pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, Senatusconsulti exceptione non usuram. Sed inquam necessitas juris in hoc casu renuntiationem admisit vel potius extorsit. Etenim hoc admisso, quod mulier pro debitore recte solvit, *l. 4. Cod. eod.* consequens omnino est, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus causa, quoniam & hoc pro solutione est, & unicuique licet etiam debitore invito, *l. solutione 23. ff. de solutione* nimirum si vellet solvere mulier, audiretur: nunc idem facere vult, sed prius postulat de debito sibi liquere per judicem & aperte æquum postulat, dummodo de solutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio susceipientem audiri recte placuit, quam si caveat se, si condemnatur auxilio Senatusconsulti non usuram, idque in jure apud Prætorem sive magistratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obscure extrema *dict. leg. ult. §. penult.* verba *& sic ad judicem ire*, i. post renuntiationem in jure apud Prætorem factam ire ad eum judicem quem Prætor dedisset, ex usitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia, Fachinæus *lib. 2. controvers. 59.* cum hunc locum etiam de cautione extra judicium sive non in jure facta accipi posse putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: sed Prætor prius adeundus erat judicii constituendi gratia, quo demum constituto & facta litigandi potestate, ibatur ad judicem, quem Prætor dederat judicii instituendi & contendendi causa, qua de re consulendi antiquitatis indagatores, Brissonius, Hotomannus, Sigonius.

CAPUT XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compensationem venia?

COmpensatio est debiti & crediti inter se contributio *leg. 1. de compens.* verbi causa, tu mihi debes centum ex causa mutui: ego vicissim tibi debeo tantundem ex causa emptionis: agis mecum & peris centum ista, quæ tibi debeo ex causa emptionis: ego peto, ut compensatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex causa mutui. Hæc contributio dicitur compensatio. Ut autem compensationi sit locus, exigitur, ut quantitas seu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus sententiam vulgo receptam, neque speciem rei debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensati posse, multoque minus speciem cum specie. Idque vel etymologia verbi satis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio significatur; nisi forte quis abusive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod fecisse videtur Jurisconsultus in *l. in rebus 18. §. ult. ff. commod. & l. 7. §. ob donationes 5. ff. solut. matrim.* Utique non potest dici æqua præstatio ac tantundem reddi nisi cum res quantitate constantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere suo recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licere debet quam aliud pro alio invito creditore solvere, *argum. l. 4. Cod. de comp. junct. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem suam vendere, aut alienam emere, aut suam cum aliena permutare: & faciant huc textus, in *l. si convenerit, 18. præsc. ff. de pignor. act. l. 4. l. si debent 22. ff. de compens. l. 4. Cod. eod.* Paul. 2. *sentent. 5.* Mercer. 1. *opin. 14.* Zanger. *de except. p. 3. cap. 8. num. 108.* late Schisordig. *lib. 1. ad Anton.* Faber *tract. 2. quæst. 2. seqq.* Donell. ad §. 30. *Instit. de act. num. 12. & lib. 16. comm. cap. 15.* Tulden. *in Cod. de compensat. num. 3.* Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compensationem opponi posse, sic intelligendum est, si res debita non impediat, & ponendi termini habiles, scilicet, cum utrinque pecunia debetur: alias enim opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l. 14. & auth. & consequenter Cod. de sentent. & interloc.* Cæterum hæc missa facio, & ad quæstionem propositam accedo. Cum compensatio sit debiti & crediti mutua contributio, quæritur, an cujusvis debiti nomine compensatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore suo, qui vicissim ei obligatus est, sed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili simul compensare possit. Quin debitum, quod cum effectu peti potest compensari cum alio queat, nulla dubitatio est, sicut ex converso, quod summo jure debitum pee exceptionem perpetuam potest removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, &c. ad compensationem non pertinere in confesso est, *l. quacumque 14. ff. de compensat.* utpote cujus etiam per errorem soluti repetitio datur, *l. si non forsem, 26. §. 3. l. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de condit. indebe cum simil.* Tantum quæritur debito naturali, an id etiam in compensationem deduci possit. Et puto posse: nam cum hujus debiti, licet per errorem soluti, non sit repetitio, consequens est posse hoc ipsum & alio quovis debito compensari. Ratio est, quia compensatio non alia de causa debitorem liberat, quam quod & ipsa numerationem quamdam brevi manu continet, & pro solutione ipso jure habetur, *l. 4. Cod. de compensat. l. 10. ff. eod. l. 4. ff. qui pot. in pign.* Et secundum hoc differre ab Ulpiano responsum est, etiam id, quod naturaliter deberur, in compensationem venire *l. 6. ff. de compens.* Nimirum compensatio species quædam est defensionis, & quodammodo exceptionis paritque retentionem, qui unus est ex effectibus naturalis obligationis, *l. 4. l. ob negotium ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compensationem referunt ad merum jus civile, cum eo potius mera nitatur æquitate, unde æquitas compensationis, *l. in rem 16. ff. l. 5. l. 6. C. l. inter 36. ff. de admin. tut.* Non desunt tamen, qui simpliciter negant naturale debitum compensari posse cum eo quod naturaliter & civiliter simul debetur. Sed utuntur illi exemplis a statu controversiæ alienis & insolite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet

tet non quodvis, quod natura debetur: non quod in totum aut quoad effectus principales destituitur juris civilis auxilio, quale est mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiifamil. mutuam pecuniam accipientis, pupilli sine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate testatoris minus solemni, &c. cujusmodi obligationum naturalium exempla illi profetunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali sic destituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem solutum est, possit repeti, admittere compensationem), sed tale, quo ex conventione descendens eosdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum simul, una actione excepta: & adeo cujus nec per errorem soluti repetitio est: quale scilicet debitum seu naturalem obligationem auctores juris passim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari, *l. naturaliter* 13. *l. si pœna* 19. *l. frater a fratre* 38. *l. quod pupillus* 41. *l. si quod* 64. *ff. de cond. indeb. l. naturales* 10. *l. pupillus* 94. *ff. de obl. & act. l.* 5. §. 2. *ff. de solut. & similib.* Finge igitur usuras fœnoris pecuniæ pacto promissas, hæ etsi exigi non possunt, solutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur *l.* 3. *C. de usur.* ac proinde etiam cum alio debito compensari poterunt. Finge patrem pecuniam credidisse filio, quem in potestate habebat: vel fratrem fratri συναλλαγεῖ, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, sed naturaliter duntaxat, *l. frater a fratre* 38. *ff. de cond. indeb.* si tamen is filius postea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compensabunt pecuniam a se creditam propter obligationem naturalem, *dict. l.* 6. *ff. de compens.* Similia exempla peti possunt ex *l.* 6. §. *ficus autem* 4. *ff. de pecul. leg. l. naturaliter* 13. *ff. de cond. indeb. l. servus* 14. *de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria sententia facit; quod Javolenus respondet in compensationem non venire, quæ per exceptionem perimi possunt, *l. quæcunque* 14. *ff. de compens.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio est? Quod per exceptionem perimi potest, in compensationem non veniet, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedet: Quod per exceptionem perimi potest, ejus per errorem soluti est repetitio, *l. qui exceptionem*, 40. *l. ex his* 54. *ff. de cond. indeb.* ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque quod vi ipsa tullo jure debetur, *l.* 3. §. 1. *ff. de constitut. pecun. l. nihil*, 122. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod solvendum jure gentium adstringimur, *l. cum amplius* 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* Licet jure civili exigi nequeat; denique a remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non potest constitui, *d. l.* 3. §. 1. *de constit. pecun.* ergo nec debitum naturale, contra textum expressum in *l.* 1. §. *debitum* 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an stultum, quam sic argumentari? Si id quod natura non debetur, non potest compensari, ergo nec id compensari potest, quod natura debetur? Hæc tamen eorum collectio est. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, sed ob defectum actionis non peritur: longeque aliud est debitum, quod peti non potest, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem summo jure potest, sed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & sine exceptione, quamvis exigi jure civili non possit: hoc autem vi ipsa pro non debito est *l. Marcellus* 66. *l. nihil* 122. *ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt, naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi oppido quam indoctum est. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud sunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione, veluti si quis judicio conventus ex ea causa, ex qua actio jure competit, neget se debere, propterea quod actio illa ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu: cujusmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde a debitore probanda sit *l.* 1. *C. de probat.* prope abest a natura exceptionis. Nemini autem Interpretum vel per somnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui se fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo casu debitor de facto conventus, nihil sit affirmaturus, nihil in judicium deducturus nec probaturus, sed ad defensionem suam simplici usurus inficiatione, id est, negaturus ullam actori proditam actionem de eo quod petitur. Quid quod ridiculo juberet Prætor de eo apud judicem queri, quod sibi exploratum & apud partes confessum est? Verus debitor, inquiunt, etiamsi sententia judicis absolutus sit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo si neglecta rei judicatæ exceptione solverit, non repetit; utrumque verum est, *l. Julianus* 60. *ff. de condic. indeb.* addunt, nec cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet, compensat, quod quidem non capio. Quid enim hoc monstri est, debitor quod naturaliter tantum debet non compensat cum eo, quod ex alia causa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipse secum pensat, aut an is, qui naturaliter debet, pensat cum alio? Nemo sanus hoc dixerit: sed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus potest hoc debitum pensare cum eo quod ipse civiliter peritori debet, & sic naturalis debitor patitur compensationem perindeque habetur, ac si solvisset. Nihil præsidii habent in *l.* 2. *Cod. de compensat.* illic enim non agitur de debitore absoluto, ut imperite illi, sed de condemnato, qui & judicatum fecerat, negaturque hunc ab eodem creditore ex alia causa conventum compensare posse, quod ante ex causa judicati solvit. Ratio est, quia qui ex hac causa solvit, non indebitum, sed debitum solvit, cujus soluti nulla repetitio est, ut ibidem significatur. Et hactenus verum est quod ajunt, quod solutum non repetitur, id in compensationem deduci non posse: nullum enim verum debitum, quod semel solutum est, aut repetitur, aut in compensationem deducitur. Qui ex causa judicati quod debet, solvit, is nec repetere solutum, nec ex alia causa a creditore conventus compensatione uti potest: cæterum si ante solutionem judicati conveniatur, compensationem pecuniæ sibi ex alia causa debitæ implorare non prohibetur *dict. leg.* 2. *Cod. de compensat.* Quod si hæc eorum sententia est cujus debiti soluti cessat repetitio, ejus nondum soluti nec esse compensationem, jam nullum verum debitum compensati cum alio poterit, quia nullius veri debiti soluti repetitio est. Ejusdem commatis est & hæc eorumdem argumentatio. Ex naturali obligatione nulla nascitur actio: at qui compensatione utitur, agere videtur & mutuo petere, *l. amplius* 15. *ff. rat. rem. hab. l.* 6. *de compensat.*

ergo

ergo debitum naturale cum alio debito compensari non potest. Perinde enim hoc est ac si hoc modo colligerem. Qui non potest agere, non potest excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur, *l. 1. ff. de except. dist. leg. amplius*. Ex naturali obligatione nulla nascitur actio, ergo nec solutum ex naturali obligatione accipi & retineri potest, quia qui solutum, licet sine judicio, accipit, petere videtur. Item qui non potest agere, non potest deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur. *dict. leg. amplius*. Quis hæc aut similia non explodat? Quærit Jurisconsultus in *dict. leg. amplius* quando stipulatio hæc, *amplius non peti*, commissa intelligatur? & ait eam committi non tantum cum res judicio petita est, sed etiam cum sine judicio, forte ab ignorante, pecunia soluta est: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promisit amplius non peti, vi ipsa contra stipulationem facit pecuniam accipiendo: eamdemque rationem esse ait ejus, qui compensatione aut deductione utitur, quia & is petere videtur, quamquam retinendo aut excipiendo: idque probat exemplo hæredis damnati non petere. Minime vero novum est, ut ei, qui ultro agere aut petere non potest, actione ab alio instituta ex æquitate officio judicis succurratur, & tantum consequatur per exceptionem, allamve defensionem aut retentionem quantum consequeretur instituta, si quam haberet actione, *l. plane*, 38. *ff. de hæredit. petit. leg. sumptus*, 48. *ff. de rei vind. l. ex quibus* 51. *ff. de cond. indeb. l. Paulus* 14. *ff. de dol. mal. exc. l. hæres* 23. *ff. ad C. Trebell. l.* 4. *C. de usur.* In compensatione autem est defensio & retentio, *l. 4. l. ob usurium* 20. *ff. de compens.* Nec melior hisce argumentis est eorum responsio ad locum Ulpiani in *l. 6. ff. eod.* ubi aperte & rotunde Jurisconsultus pronuntiat etiam quod naturaliter debetur, in compensationem venire. Ajunt enim locum istum restringendum esse ad casum specialem, quo naturale debitum id ultro peti, & invito extorqueri potest, quale sit pupilli, locupletioris facti ex contractu sine tutoris auctoritate inito, *argum. leg. 5. princ. de auct. tut.* Quasi vero Ulpianus sic generaliter definiens de hoc uno tantum casu somniasset, aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus est, non simul civilis esse cœperit hæc pupilli obligatio, *argum. princ. & §. 1. Institut. de obligat. §. 3. Institut. de act. l. 6. ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compensationem: edm tamen propter summam hujus naturalis obligationis æquitatem solutum condicere non potuerit, *l. naturaliter* 13. *§. 1. cum l. seq. ff. de cond. indebit.* cui omnino consequens, ut & compensationem admittere debuerit, per ea quæ allegata superius. Unum adhuc removendum superest, quod fere prætermeram, nempe quod ex eo, quod compensatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili simul, in causa, de qua agitur, censetur, ut hic in causa compensationis. Sic in causis constitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejussionis, &c. nihil interest naturale sit debitum tantum, an & civile, *l. 1. §. penult. de constit. pecun. l. naturaliter*, 3. *ff. de cond. indeb. l. 6. §. 2. & l. 7. ff. de fidejuss.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur; etiamsi non idem sit in aliis causis, veluti ut mitti possint in possessionem, & bona debitoris possidere sine metu calumniæ, quo pertinet *l. creditores* 10. *ff. de verbor. signif.* ut bene Cujacius & alii in *Comment. ad dict. locum*, observaverunt. Quare non obstat DD. axioma, quod determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *arg. l. 4. §. 2. de vulg. & pup. substit.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura vel diversa producere potest, ne alias oriatur absurdum seu *duodenarium*, ut in specie *d. l. 4. §. 2.* quod non sit in casu nostro, ubi utriusque eadem vis & par effectus est.

CAPUT L.

An reus compensationem ex causa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, non audiendus sit?

UTrum cujuscumque debiti ad quodcumque sive liquidum sive non liquidum jure veteri admissa fuerit compensatio, ut vult Donellus *ad §. in bona 30. Instit. de act. num. 7.* an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib. 8. obs. cap. 16. & lib. 15. cap. 12.* supervacuum est disputare, cum certum sit hodie ex constitutione Justiniani eas duntaxat compensationes admitti, quæ ex causa liquida objiciuntur, *l. ult. C. de compens. d. §. in bona Instit. de act.* sed nimirum hoc effectu ut oppositæ ipso jure actiones minuant, ut iisdem locis expressum est; & pro soluto retro habeantur, *l. 4. C. eod. tit.* ac consequenter, ut quovis tempore opponi possint, etiam post rem judicatam in executione sententiæ, *d. l. ult. junct. d. l. 2. C. eod.* Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi viciſſim quid deberi intendit, & compensationem implorat, *dict. §. in bona Inst. de act.* id autem ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. Zanger. *pag. 3. de except. cap. 8. num. 95. & seqq.* Cacher. *decis. 129. num. 13.* Menoch. 2. *arb. quæst. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio tribuendum existimat: in quo illi facile assentior. Liquidum debitum est illud existimandum, quod juris tantum quæstionem habet, veluti si quæratur an in contractibus bonæ fidei usuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæstio certo jure definita est, *l. mora* 32. *§. 2. ff. de usur. l. 2. Cod. depos.* Non liquidi autem cum liquido compensationem non admittit Justinianus: sed tum alii judicio rem reservari jubet, ne scilicet creditori fiat injuria, si debitori qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem, *d. l. ult. §. 1. vers. hac itaque Cod. de compens.* videsis Christin. *vol. 2. dec. 231. & vol. 3. dec. 38.* Zanger. *ubi supra num. 101. & seqq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus sit compensationem ex causa, quamvis non liquida objiciens, si eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque contestetur? nam ad hunc casum non videtur pertinere Justiniani constitutio.

Quippe Justinianus loquitur de compensationibus, quæ fiunt ipso jure. Sic enim initio cavet: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Atque ad hanc ipsam constitutionem temperandam pertinet, quod subjicit de causa liquida, nempe in hujusmodi compensationibus, quas vult fieri ipso jure, id est, tunc cum ab initio litis non opposita & contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii intentione actoris jam probata objicitur compensatio, exigere se, ut causa, ex qua objicitur, sit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compensationem, quæ non sit ex causa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina & reo jam pene victo demum opponitur: unde sic recte colligi videtur, si quis initio litis & ante omnem disceptationem utatur exceptione compensationis, licet ex causa non liquida, constitutionem cessare, eamque non pertinere ad compensationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipso jure, sed per exceptionem minuunt, *argum. l. 1. princ. ff. de offic. ejus, cui mand. jurisd.* Et vulgo quidem Accursio id admittunt Interpretes, si debitor a creditore conventus statim debitum agnoscat dicatque sibi vicissim tantundem a creditore deberi, atque hac defensione adversus intentionem creditoris utatur. Sed quid si reus initio neget se debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur simul exceptione compensationis, ut dicat etsi deberet, tamen sibi tantundem ex hac aut illa causa vicissim ab actore deberi, eamque exceptionem contestetur, an hic si actor probaverit sibi pecuniam quam petit, deberi, nihilominus reus jam post longa forte certamina victus, redire poterit ad exceptionem compensationis, quam initio contestatus est, & ad eam probandam admittetur, quamvis causa, ex qua compensatio objicitur, non sit liquida? Adhuc dicimus audiendum esse, & ad probationem admittendum. Atque hæc sententia multis argumentis probari potest. Nam primo, constat olim ex rescripto D. Marci compensationes admissas fuisse opposita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Justinianus; ut actionem quamcumque ipso jure minuat compensatio; si aperto jure nitatur: non autem si fiat ex causa non aperta nec liquida: igitur hoc casu intelligitur velle manere jus antiquum *arg. l. præcipimus 22. Cod. de appellat.* At certum est jure veteri exceptionem initio contestatam licuisse intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare, *l. si quidem 9. Cod. de except.* Secundo, non rejicit Justinianus compensationem debiti non liquidi simpliciter, sed ita si post multa certamina longamque disceptationem a debitore jam victo, aut pene victo opponatur: ergo ex contrario, si in id tempus objectionem compensationis non distulit, sed statim initio litis eam opposuit, quamvis ex causa minime liquida, adhuc audiendus postea erit. Tertio idem evincitur ex verbis constitutionis, quibus Justinianus jubet, ut judices stricto jure utantur adversus eos debitores, qui jam victi aut pene victi compensationem debiti non liquido opponunt. At stricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis contestetur, si quis eam postquam actor intentionem suam probavit, ante sententiam ad disceptationem velit opponere & probare, *l. 9. Cod. de præscr. long. temp. l. 8. l. ult. Cod. de except.* Quarto si alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, si eam initio opposuerit audiendum eum esse intra quodcumque tempus eam probet: neque distinguitur, utrum initio confessus fuerit se debere, & exceptionem solummodo opposuerit, an debere se negaverit, & tamen si convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus 10. ff. de probation. junct. dict. l. 9. Cod. de except.* idem ergo dicendum, si utatur exceptione compensationis, quæ est justissima. Quinto & postremo, si is, qui conventus negat se debere, & tamen dicit, si debet, se solvisse, etiam postquam victus est, auditur solutionem probare volens, quamvis solutio non sit liquida, *l. 1. Cod. de probat.* & ibi Sichard. *post alios num. 3.* Idem etiam in compensatione initio opposita admittendum, etsi debitor primo neget se debere: quoniam compensatio pro solutione est, *l. 4. Cod. de compens. l. 4. ff. qui pot. in pign.* ita Donell. *ad leg. ult. Cod. de compens.* & *ad §. in bonæ 30. Instit. de act. num. 5.* Mudæ. *ibid. num. 15.* Zanger *de except. p. 3. cap. 8. num. 104.* & *seqq.* & facit huc textus in *leg. 8. ff. de compens.* Unum est, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Justinianum sanxisse, ut omnis compensatio ipso jure actionem minuat: quod tamen falsum esse aperte liquet ex iis quæ ex tenore ipsius constitutionis Justiniani, atque ex verbis §. *in bonæ 30. Instit. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipsa nihil solidi, aut quod confutatione dignum sit, respondetur.

CAPUT LI.

An depositarius propter impensas necessarias retinere depositum possit?

QUi rem aliquam deposuit, hoc est, alteri custodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere potest, & reddenda est etiam ante tempus constitutum repetenti, *l. 1. §. penult. & proxim. ff. depos.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depositi, ne compensationis quidem nomine actioni depositi quicquam objici voluit Justinianus, licet in cæteris actionibus defensionem compensationis debitæque & creditæ inter se quantitatis contributionem admittat, *l. ult. Cod. de compens. §. in bonæ 30. Instit. de act.* Cæterum si quid depositario per causam & occasionem rei, quam custodiendam acceperat, abesse contigerit, poterit id consequi contrario judicio depositi, quo ultro de indemnitate sua cum deponente ei experiri licet, *l. 5. ff. dep.* Sed quid si depositarius impensas in rem depositam fecerit, poteritne ob hanc causam depositum retinere, donec refundantur, & siquidem utiles tantum fecerit impensas, vix id admiserim; cum ad officium depositarii non pertineat hujusmodi sumptus facere: nec puto posse eum contrario judicio has impensas petere, *argum. l. unic. taceat, §. vers. sed nec ob impensas, Cod. de rei ux. act.* Cæterum si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ essent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura, propter hujusmodi impensas concedendam esse depositario retractationem rei depositæ affirmat Placentinus,

rinus, Cynus, Bald. Salic. Castr. in *leg.* 11. *Cod. depos.* quibus assentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes constat posse depositarium impensas necessarias petere & consequi, judicio contrario sive contraria depositi actione: Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur; *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commod. l.* 35. §. 2. *l. si is qui* 59. *ff. de furt.* At constare creditur, *l. ult. Cod. de comm.* ubi Imperatores negant prætextu debiti restitutionem commodati recusare posse: nam si hoc verum est, multo minus recusari ob eamdem causam poterit restitutio depositi, *arg. l.* 11. *Cod. depos. l. ult. Cod. de compens.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depositam, prætextu debiti ex diversa causa nati, posse retineri: verbi gratia, si commodator aut qui deposuit, decem ex causa mutui debeat commodatario aut depositario, posse eos obtentu hujus debiti restitutionem corporis commodati aut depositi recusare, quod vetant Imperatores in *d. l. ult. Cod. commod.* quippe quo casu nec locus est contrario commodati aut depositi judicio; & generaliter tenendum est, non posse creditorem, cui sine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod sibi debetur, retinere, *l. unic. Cod. etiam ob chirogr. pec.* Donell. *in dist. l. ult. num.* 3. *& seqq.* Cujac. *in not. ad* §. *in bona* 30. *Instit. de act.* qui tamen alibi pro *commodati*, *in d. l. ult.* vult reponi *commodati*, *lib.* 9. *observ.* 37. quamquam perperam, quod nunc omitto, *vide* Gilbert. *Reg. lib.* 1. *opin. cap.* 14. Sed hoc dicimus, posse commodatarium, aut depositarium id quod contrario judicio consequi possunt, (possunt autem eo judicio consequi quod occasione ejusdem contractus iis abest; & vel maxime impensas necessarias) etiam posse per retentionem rei, quasi quæ pignoris loco sit, servare *l.* 15. *fin. ff. de furt. l. si quis rem* 20. & ibi Gothofr. *ff. de acq. poss.* Deinde cessat hic plane ratio, ob quam Justinianus compensationem & retentionem in causa depositi prohiber, scilicet suspicio & præsumptio perfidiæ; quæ nulla esse potest, ubi necessariæ impensæ factæ sunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat, cum sine iis futurum sit ut res pereat? Denique, impensæ necessariæ quodammodo partem rei constituunt, & tantum de re, in quam fiunt, detrahere videntur, quantum in eam impensum est, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, *arg. l. plane* 38. *ff. de hæred. petit. l.* 5. *ff. de impens. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obstant constitutiones Justiniani in *d. l.* 11. *Cod. depos. & l. ult. Cod. de compens.* quibus depositarius non solum jubetur confestim reddere depositum, sed etiam ut reddat sine ulla exceptione aut defensione, quæ ad compensationem vel retentionem spectet. Nam textus isti accipiendi sunt de compensatione vel retentione, quæ fit ex diversa causa, & ad illos casus pertinent, in quibus depositarius jus in re non est adeptus, quod consequitur per impensas necessarias, quo casu quasi pignoris loco res esse incipit; *l. creditoris* 15. §. 2. *ff. de furt.* Dissent. Donell. *in dist. l.* 11. *num.* 9. *Cod. depos.*

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præstet procurator, seu mandatarius?

QUI negotia aliena mandatu domini gratis gerenda suscepit, is in jure nostro & apud bonos auctores procurator appellatur; sive negotia illa sint forensia & judicialia, sive quævis alia extrajudicialia, *tit. de proc. & mandat. vel contr.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præsertim eum, qui negotia administrat extrajudicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt cui commissæ lites & negotia forensia. Cujus rei causam esse puto, quod jam a multis annis procuratores appellati cœperint ii soli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud nostros vel apud alios auctores legisse. Non ideo tamen abstinebo eo nomine, sed utroque utar promiscue, ne nimia verborum curiositas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem qui mandatum suscepit, velim procuratorem appellare, verbi causa non eum qui mandatu meo pro me fidejussit. Jam ut ad rem propositam veniam: quæri solet circa obligationem procuratoris sive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus est, qui dolum malum non recipiat, sive in quo non præstetur dolus, *lib.* 5. §. 2. *ff. commod. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur.* & sicut dolus in omnibus contractibus præstatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præstari; quia dolo & fraudi proxima est, & juris interpretatione dolum repræsentat, *l. si fidejussor*, 29. *ff. mandat. l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l.* 7. §. 1. *ff. de susp. tut. l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & act.* cum similibus. Unde est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particuliis taxativis, *solum*, *tantum*, *duntaxat*, ut in *dict. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *ult. ff. depos. & dict. l.* 23. *ff. de reg. jur.* ubi depositum & precarium dicitur dolum duntaxat recipere: non ideo tamen lata culpa excluditur; *d. l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l.* 1. *C. eod. l.* 8. §. 3. *ff. de præc.* Omnis igitur controversia hic est de culpa levi, & maxime de culpa levissima, quæ passim in jure nostro per oppositum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo summa significatur & exactissima, *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. de pos. d. l.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ sive dolo proximæ nihil a procuratore exigendum videri, secundum primam definitionem Ulpiani, *dict. leg.* 5. §. 5. *commod.* esse enim procuratorem similem depositario, seu ei qui rem gratis custodiendam accepit: utrumque esse enim beneficii debitorem, & hunc custodiendam suscipere: & quod deponenti imputari potest, quod negligenti amico rem custodiendam tradidit, *l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de obligat. & act.* idem imputari posse & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commisit. At depositarium præter dolum & culpam latiorem nihil præstare. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet

licet propter eos locos, quibus expresse traditum est, mandatarium, non tantum de dolo, sed etiam culpæ nomine teneri, *l. 8. §. uls. ff. mand. l. 11. Cod. eod. l. 23. ff. de reg. jur.* & apud Licin. Rufinum in *coll. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* hæc verba Modestini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præstatur*. Certum autem est, verbo culpæ absolute posito aut dolo opposito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire; sic enim disserte scriptum est in *l. a procuratore 13. Cod. mand.* a procuratore dolum & omnem culpam præstandam esse, solum casum improvisum non præstandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re mandata, Cod. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in ea pro Roscio Amerino, ubi de judicio mandati differens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitiosius, verum etiam negligentius gesserit. Atque hæc causa est, cur Ulpianus in *d. l. 5. §. 2. ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depositi, non etiam mandati utatur: & facit huc etiam *l. si mater, 24. Cod. de usur.* Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur, quod non convenit depositario: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide duntaxat opus est. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non esse comparandum cum quovis depositario: sed cum eo depositario solum recte comparari mandatarium, qui ultro se depositi obtulit, quem placet omnem culpam præstare, & summam rei custodiendæ adhibere diligentiam, non alia de causa quam quod ultro se depositi offerendo de diligentia sua & solerti custodia promittere videatur, *l. 1. §. sæpe 35. ff. depos.*

Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati qua modo mandantis, modo mandatarii seu procuratoris, modo utriusque utilitatem respicit; propterea quod hæc distinctio in commodato probata est, *l. 5. §. 2. vers. commodatum autem junct. §. interdum 10. l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius procuratoris gratia intervenerit, dolus duntaxat & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis: ubi solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum cadere non potest; neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, *§. tua tantum 6. Institut. de mandat.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. §. 6. & l. 2. §. uls. ff. eod.* ut proinde de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens? quomodo etiam considerabitur in *l. in re mandata 21. Cod. eod.* Plane in iis, quæ negotium commissum consequuntur, bonam fidem præstare, culpaque & fraude carere sufficit; uti & cum non administratio commissa, sed negotium mandatum quod industriam non requirit, veluti fidejussio per *l. 8. §. uls. l. 10. pr. l. si fidejuss. 29. §. quædam tamen 4. ff. eod.*

CAPUT LIII.

An pactum de inæqualitatibus lucri & damni partibus inter socios valeat, ubi æqualis est operæ & pecuniæ collatio?

IN coeunda societate facile admissa est hæc convenio, ut ad unum duæ partes & damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro, *§. 1. Inst. de societ.* Immo inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum est, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficultet admissum est, ut partes lucri & damni disparilitet constituerentur, veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententia prævaluit, teste Justiniano §. 2. *Institut. de soc.* Cæterum Sulpitius non tam improbasse videtur sententiam Mucii, quam temperasse: & nimirum, quod Mucius simpliciter dicebat, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ, quod etiam forte solum considerabit Mucius: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; immo justum esse hunc meliore in conditione in societatem admitti, *d. §. 2. Institut. de societ.* Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ & industriæ: quam distinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit responsum ejus in *leg. si non fuerint 29. ff. pro soc.* Atque ita olim contra Joannem Azo disputavit, cujus sententiam Interpretes comm. ad *dict. §. 2. & ad d. l. 29.* secuti sunt, Donell. *ad l. 1. Cod. pro soc. num. 23.* Gomes. 2. *var. resol. 3. num. 5.* Mantic. *lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit. 4. num. 9. & seqq.* Christin. *volum. 3. dec. 51.*

Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationi esse videtur, ut expressa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus, *l. contractus, 23. ff. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis sententiæ refragatur, quod generaliter definit Justinian. in §. 1. *Institut. de soc.* si partes expressæ fuerint, has ser-

servari debere: hoc enim & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse argumento est, quod in collatione inæquali, etiam si de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite constitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quisque contulit, per *l. 6. Mucius* 20. *l. quid enim ff. pro socio.* secundum quod Aristoteles *lib. 8. Ethic. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρήμασι γὰρ ἁπλῶς, inquit, πλέον λαμβάνων εἰ συμβαλλόμενος πλείω. Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen cur non possit expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit substantia. Et quamvis in totum donationis causa societas non recte contrahatur, *l. 5. §. 2. ff. eod.* dubitandum tamen non est quin non minus ex parte donationis causa contrahi possit, quam emptio, venditio, *l. si quis* 38. *de contr. empt.* quod & Mantica *ubi supr. n. 19.* videtur admittere. Quapropter existimandum potius est Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & pius societati prosit, quam alterius: de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, deferendum, sufficiat id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuisse mentem Ulpiani eumve nimiam duntaxat improbasse inæqualitatem in *d. l. si non fuerint* 29. *ff. pro soc.* Ut ut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angelum Porcium & alios testatur VVesembecius ad §. 2. *Inst. de soc. & in parat. ff. eod. num. 7. add.* Menoch. 2. *arb. jud. quæst. cas.* 125.

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecuniæ communis fiat, & cujus periculo sit?

ETiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l. 1. Codice pro soc.* & ita quidem, ut Justinianus ait in §. 2. *institut. eod.* ut lucrum inter eos commune sit: quoniam sæpe opera alicujus tanti est, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Asin.*

Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *l. si non fuerint* 29. §. 2. *ff. eod.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur: alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. In quo genere societatis quæritum est, an etiam sors seu pecunia quam alter contulit, communis fiat, & finita societate cum altero, qui solam operam præstitit, sit dividenda? an vero is qui contulit, eam percipere debeat, & id solum, quod supereſt, inter socios dividi? Et Cynus, Baldus, Castrens. Sichard. Donell. & commun. Doctor. *in leg. 1. Cod. pro soc.* Fachin. *lib. 2. controv. cap. 94.* Perez. *ad tit. 1. Cod. pro soc. num. 8. & seq.* Gail. *lib. 2. observat. 24. num. 6.* Tuld. *ad Instit. de societ. cap. 3.* respondent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & solius lucri, quod factum est inter socios divisionem fieri, rationem hanc afferunt, quod in proposita specie non ea videatur esse mens societatem coeuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, sed ut usus operæ cum usu pecuniæ compensetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune sit: sufficere enim debet socio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non esset sine pecunia socii: & quod alias summa inter socios exurgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, si forte finita societate præter sortem nihil supersit, duplici incommodo afficeretur, scilicet, quod & dimidium sortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia sua fructum, quem alias consequi potuisset, perciperet. Porro pro firmamento hujus sententiæ afferuntur duo loci. Primus est Ulpiani in *lege cum duobus*, 2. §. 2. *vers. si in secunda, ff. pro socio.* Ubi cum unus e sociis pecus suum alteri pascendum, vel agrum colendum dedisset in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, sed ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. dict.* §. 1. subjicitur, socium quoque culpam præstare debere, si rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuisse de re non communi. Alter locus est Justiniani in §. 2. *Institut. de societ.* ubi ait ita posse coiri societatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, sed lucrum tantum, quod ex negotiatione secuta factum est, communicatur, neque huic sententiæ, quod simpliciter scriptum est in *leg. 1. Cod. pro socio*, uno pecuniam, altero operam conferente societatem posse contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad usum duntaxat pecuniæ, & utilitatem quæ non modo ex pecunia, sed etiam ex opera & industria percipi potest, referenda sunt. Perez. Donell. *ubi supra.*

Ex hac autem quæstione nata est & altera: utrum in hujusmodi specie societatis damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. Et superiori sententiæ omnino consequens est, damnum hoc ad eum ex sociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam si pecunia collata non fiat communis, sed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta sententiam superiorem, etiam periculum amissionis pecuniæ ad eum solum pertinebit: cum utique res pereat suo domino, *l. pignus*, 9. C. *de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur se obligare voluisse ad damnum sortis, cum sufficiat, eum damnum sustinere operarum: cumque sortis nullum sentiat commodum, nec incommodum sentire debeat. Ad hæc, si dicamus damnum debere esse commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea sentiret partem damni in pecunia amissa: alter vero non totam sortem amitteret, sed partem solummodo. Quibus & hoc accedit, quod posito damnum commune esse, is qui pecuniam confert, nullum periculum subiret sortis in totum amittendæ quod genus societatis prope abesse creditur a fœnore & usuraria pravitate, per *c. plerique*, 15. *quæst.* 3. Panormit. *in c. Per vestras, de donat. int. vir.* Ita post Accurs. Cyn. Bald. Angel. Castrens. Fach. *lib. 2. controv. c. 95.*

Ex-

Cæterum, etsi hæc magnam veri speciem habent, non tamen ita simpliciter ad superiores quæstiones respondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inspiciendum est, quid actum sit, *l. semper*, 34. *ff. de regul. jur. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Et si quidem nominatim in coeunda societate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæstu pecuniæ & operæ mutuo collatæ descenderet, communio esset, certum est pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in specie *leg. cum duobus*, 52. §. 2. *vers. si coeunda, ff. pro socio*, sicut ex contrario nemo dubitat, quin si expresse convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod si de eo dubitetur, inspiciendum erit, quid tacite & verisimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, sed duplici. Nam aut comparatur opera cum solo pecuniæ collatæ usu: quo casu verum est sortem domino perire; & si salva est, domino salvam esse: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ: quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operæ pretium habendum quasi sorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habere debet qui operam præstat. Atque hinc jam ad superiores quæstiones quid respondendum sit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque industriam tantumdem valere, quantum alterius pecunia, ut non usui tantum pecuniæ collatæ respondeat, sed etiam dominio: nullaque alia conventione interposita casu factum, ut fiuita societate, præter sortem ab uno collatam, nihil supersit: dico hic eum, qui operam æquivalentem sorti impendit & perdidit, in partem sortis admitti debere, quasi id tacite actum sit: ne alioqui unus e duobus, qui paria contulerint, totum quod contulit amittat; alter salvum habeat, & spe lucri tantum frustretur. Fac. *l. si id quod*, 58. *princ. &* 1. *l. cum duobus*, 52. *quidam fugitarium*, 4. *ff. pro soc.* & ita cape Glossam in *l.* t. *Cod. eodem titul.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, si opera unius tantum respondeat usui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in solidum apud conferentem maneat, & lucri solius, quod ex usu pecuniæ unius & industria atque opera alterius speratur communio sit: ac proinde hoc casu etiam damnum pecuniæ amissæ totum ad conferentem pertinet, per ea quæ supra. Priore autem casu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quasi sortem augeat, periculum hoc utrumque spectare videtur, & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita post Petrum a Perusio qui Judicis prudentiam hic desiderat, Covarr. *lib.* 2. *variar. resolut. cap.* 1. *num.* 2. quem laudat & sequitur Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 12. *num.* 24.

CAPUT LV.

An in emptorem hæreditatis transeat jus accrescendi.

NOn tantum corporis emptio est, sed etiam juris, puta hæreditatis, actionis seu nominis debitoris, *tit.* t. *ff. & Cod. de hæred. vel action. vend.* Et emptori juris etiam ante cessionem datur utilis actio in rem, si hæreditas vel actio vendita sit, *leg. si cum emptore*, 16. *ff. de pact. leg. ultim. Cod. de hæred. vel act. vend.* quamvis emptori corporis ante traditionem nulla sit in rem actio. Et licet venditor corporis teneatur de evictione, venditor tamen hæreditatis aut nominis evictionem non præstat; sed satis est, si præstet hæreditatem esse; nomen esse quale quale, *leg.* 4. *l. qui filiifamil.* 14. §. t. *ff. de hæred. vend. l. si plus*, 74. §. *ult. ff. de evict.* Cui consequens est, nec remedio, *leg.* 2. *Cod. de resc. vend.* in venditione hæreditatis aut nominis esse locum. Cum autem emptor hæreditatis vicem hæredis obtineat, eique restituendum sit, non solum quod jam ad hæredem ex ea hæreditate pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, *leg.* 2. §. *non tantum*, 4. *&* §. *cum quis*, 18. *ff. de hær. vend.* quæritur si cohæredes L. Titii portionem suam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accrescendi pertineat, an ad Cajum Sejum, emptorem hæreditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæstio moveri potest, quæ tamquam una confusim a plerisque tractatur; an ipso jure & recta deficientium portiones accrescant emptori; sin minus an non saltem venditor quod sibi accrevit, emptori præstare teneatur actione ex empto. Quanto attinet ad quæstionem priorem, plane negandum est emptori quicquam directo accrescere. Quippe juri accrescendi tantum locus est inter cohæredes, seu hæredes ejusdem hæreditatis, ut constat ex omnibus locis, qui de hoc jure loquuntur: at emptor hæreditatis neque a testatore, neque a lege ad partem aliquam hæreditatis vocatur, neque fit hæres; sed venditor hæres manet, *leg. ei qui*, 88. *in fin. ff. de hæredit. instit.* Et quod notandum est, ut soli ei, qui ex parte aliqua hæres extitit, sive ex testamento, sive lege ab intestato, deficientium portiones accrescunt, ita & invito accrescunt & ignoranti, & denique semper cum onere suo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non potest, *leg. hæredi*, 31. *l. ex duabus*, 53. §. t. *ff. de acquir. hær. l. hæredi l.* 9. *de suis & legit. hæred. l. unic. §. his ita definitis*, to. *Cod. de cad. toll.* Nec vero putandum est emptorem hæreditatis similem esse ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hæreditatis restituta est: hic enim ex voluntate testatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommissarium Trebellianum, quamvis juris successor sit, jus accrescendi transit. Nam si hæres rogatus semissem, ex quo instituus est, restituere, portionem suam sponte adiit & restituit, deficientis postea cohæredis portio non fideicommissario, sed hæredi fiduciario accrescet, ut recte Cujacius *lib.* 12. *obl.* 12. *&* 13. Anton. Fab. *decis.* 5. *err.* 4. censent. Etsi enim fideicommissarius Trebellianus juris successor dicitur & hæredis loco esset respectu testatoris, propterea quod ad exemplum hæredis succedit in omnia jura defuncti, & quæ a defuncto in hæredem sunt translata, non tamen succedit in jus omne ipsius hæredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti hæres habet, quale est jus accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito: alias fideicommissarius

non

non loco hæredis, ſed hæres hæredis eſſet. Non offendor *leg. Papinianus*, 43. *ad SC. Trebellian.* quia loquitur de eo qui compulſus adiit, non qui ultro & ſua ſponte. Nec tamen dicit portionem deficienti accreſcere fideicommiſſario, ſed hæredi: at non manere apud hæredem. Conſtat autem eum qui coactus adiit, & quantum in ſe fuit, irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac ſi irritam feciſſet eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit vel potuerit non tantum ex teſtamento, ſed etiam occaſione teſtamenti, haud ſecus ac ſi hæreditatem non adiiſſet, *leg. ita tamen*, 27. §. 2. & §. *ſi præceptis*, 14. *ff. ad Senat. Trebell.* Et licet poſt reſtitutionem nihilominus hæres ipſo jure maneat homo, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit & id egit, ne hæres eſſet, *l.* 4. *ff. eod. tit.* in ils, quæ ad ipſius commodum ſpectant, pro non hærede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat, quod laturus non fuiſſet ſi hereditatem non adiiſſet. Quod ſi hic hæres ex parte ſcriptus ſponte, non coactus hæreditatem amplexus eſſet, haud dubie aliud Papinianus & Ulpianus in *diſſ. leg.* 43. *ad ſenat. Trebell.* reſpondiſſent, nempe portionem deficientem non modo accreſcere hæredi, ſed etiam apud eum manere, cum nihil obſtet quominus maneat. Et eſt hæres, qui compulſus adiit, reſpectu emolumenti non abſimilis ei cui tanquam indigno eripitur hæreditas eo quod tacite cavit ſe hæreditatem reſtituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex teſtamento aut occaſione teſtamenti conſecuturus fuiſſet, amittit, & conſequenter etiam jus accreſcendi, *l. ſi totam*, 83. *ff. de acquir. hæred.* Ut autem ad emptorem hæreditatis revertamur, unum eſt quod maxime pro eo urgent alii, nempe reſponſum Papiniani in *l. ſi Titio*, 33. §. 1. *in fin. ff. de uſufruct.* ubi Papinianus Juliani ſententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, portioni fructum accreſcere: unde dicendum videtur deficientium hæredum portiones non hæredi, qui ſuam portionem vendidit, ſed emptori, qui eam habet, accreſcere debere. Reſpondeo non ſimpliciter Papinianum aut Julianum jus accreſcendi attribuere portioni, qui portioni competat, eamque ſequatur, apud quemcumque ea ſit, ſed perſonæ ejus, ſive hæredis, ſive legatarii, qui portionem ſuam agnovit & obtinuit ex voluntate teſtatoris ad differentiam ſcilicet ejus, cui conjunctum cum alio uſusfructus ejuſdem rei legatus eſt, qui etiam jus accreſcendi habet, quamvis partem ſuam non agnoverit, *l.* 1. §. 3. *ff. de uſufruct. accreſc.* Nulla autem ratio dari poteſt, cur magis hæres vendita portione hæreditatis ſibi acquiſitæ jus accreſcendi amittat, quam unus e legatariis ejuſdem rei vendita parte ſua. Sunt, qui reſpondent hæredem hoc ipſo, quod pretium conſecutus eſt, videri adhuc portionem ipſam habere, pretiumque in locum rei ſuccedere, & portionem venditam repræſentare, per *leg.* 4. *ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. l. ſi uſusfructus*, 35. 1. *ff. de uſufruct.* Sed quia hæc reſponſio non tollit totam difficultatem, (quid enim, ſi hæres partem ſuam alteri non vendiderit, ſed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius quam ipſi jus accreſcendi tribuendum erit?) malim dicere cum Anton. Fabro, *deciſ.* 50. *err.* 5. Bachov. *ad Treutl. diſput. de empt. & vendit.* illud ipſum jus, quod etiam vendita hæreditate penes hæredem manet, loco portionis fungi, niſi & hoc ipſum vitietur, & hæres ex cauſa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis conſecuturus fuiſſet: quod contingit tum ei qui coactus alieno periculo adit, *l.* 4. *ff. ad ſenat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hæreditas auferitur. Atque hæc vera & adæquata ratio eſt, cur in ſpecie, *l. ſi totam*, 83. *ff. de acquir. hæred.* hæredi, qui clam fidem ſuam accommodavit, ut incapaci hæreditatem reſtitueret, nihil debeat accreſcere, id eſt, ita accreſcere, ut apud eum maneat: quoniam & illud quod accrevit, ei tamquam miniſtro fraudandæ legis auferetur, & fiſco vindicatur, *l.* 1. *l.* 3. §. *Imperator*, 43. *ff. de jur. fiſc. l.* 1. *C. de delator.* Illa autem ratio quam Ulpianus in *d. l. ſi totam*, affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata eſt, nec ad omnes pertinet caſus, non ad caſum hæreditatis venditæ, aut reſtitutæ capaci ab eo, qui ſponte adiit. Nec vero ſemper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad caſus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari poſſint, utuntur. Et alioqui ſequeretur neceſſario neque eum hæredem, cujus portio legatis exacta eſt, integra legata ſolvendem; ut planiore officio fidei fungatur, jus accreſcendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam poſito, portione deficientium hæredum non emptori hæreditatis, ſed hæredi, qui ſuam portionem agnovit & vendidit, accreſcere, amplius adhuc quæri poteſt, an non ſaltem hæres idemque venditor, quod ei poſtea accrevit, emptori actione ex empto teneatur reſtituere. Hæc enim inter ſe non pugnant, non accreſcere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu poſſe petere: ſi enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet reſtituere. Et cum quaſi per averſionem jus omne quod hæres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino ſine ratione colligat aliquis etiam jus accreſcendi ea venditione compreheuſum. Denique cum emptor periculum ſuſtineat nominum hæreditariorum, non iniquum viciſſim ſibi aſſerere videtur lucrum accutationis. Cæterum licet hæc, nec ſine ſpecie diſputari poſſint, ego tamen ne illud quidem emptori hæreditatis concedendum puto, ut commodum quod occaſione juris accreſcendi ad hæredem poſtea pervenit, ei extorquere poſſit. Etenim cardo totius hujus quæſtionis in eo potiſſimum vertitur, an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem tranſiret, utique enim ſi hoc actum non ſit, non tranſibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis*, 19. *ff. de reb. cred. l. ſemper*, 34. *ff. de reg. jur.* Jam vero non eſt credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum eſſe, quod ad venditorem perventurum aliquando eſſet, & venditor & emptor ignorabant: ſed non niſi pars jam actu quæſita vendita cenſeri debet, nec alia, quam illa ipſa & ſola, ex qua hæres inſtitutus venditor fuit, & quam aditione acquiſivit: id, inquam, ſolum, quod tempore venditionis jam hæredi competebat, ut & diſerte reſponſum eſt in *leg.* 2. §. 1. *ff. de hæred. vendit.* Et quæſo, cum pretium rei venditæ æqua proportione conſtitui ſoleat, *l. pretia rerum*, 63. *ff. ad leg. Falcid.* an non abſurdum & iniquum videri debet, ſi hæres ſextante aut quadrante, ex quo inſtitutus eſt, vendito, idque pretio valori rei *ἀναλόγως* ſive proportione rei reſpondenti, cogeretur partem longe majorem, & forte

Digitized by Google

te triplo aut quadruplo accrescentem, postea ad emptorem transferre? Illa autem quæ passim in *d. l. 2. ff. de hæred. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne hæredis; quod ad emptorem cranseat, quantum penes venditorem est, vel quandoque ad eum perventurum est, quod emptor vice hæredis obtinet; accipienda sunt, de parte ipsa vendita, de qua sola inter contrahentes actum est. Hæc in effectu & Jasonis & Ripæ in *l. re conjunct. 89. ff. de legat. 2.* & Salic. *in l. unic. C. quand. non pet.* & Gomez. *1. var. resol. c. 10. n. 44.* & Fachin. *5. contr. c. ult.* sententia est. Diss. Batt. *in d. l. re conjunct.* Duar. *lib. 2. de jure accresc. c. 5.* & Papillon. *in tract. de jur. accresc.*

CAPUT LVI.

An beneficium l. 2. C. de rescrip. vendit. competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?

QUamvis in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus se invicem circumvenire, dummodo absit dolus malus, *l. in causa, 16. §. idem Pomponius, 4. ff. de minorib. l. item si pretio, 22. §. ult. ff. locat.* est tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de resc. vend.* ubi ea sic restringitur, ut non procedat, si læsio excedat dimidium justi pretii, tunc enim placet rescindi venditionem, etiamsi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, sed ex qualitate facti dolus æstimetur, *l. dolus emptoris, 8. Cod. eod. tit.* Igitur si quis v. c. fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æstimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii quod acceperit, restitutione petere potest, ut venditio rescindatur, & res vendita sibi restituatur: aut si malit emptor rem retinere, ut suppleat quod justo pretio deest *dict. l. 2. Cod. de resc. vend.* Quæritum vero est, an id beneficium etiam ei dandum sit, qui valorem rei suæ scivit. In qua quæstione assentior Bartolo, Baldo, Saliceto, Castrensi, *in dict. l. 2.* Menoch. *consult. 562.* Diodor. Tuldeno *ad C. tit. de resc. vend. num. 4.* negantibus dandum esse, contra Albericum de Rosate *d. leg. 2. num. 12.* Pinellum *p. 1. cap. 1. num. 10.* Fachin. *2. contr. cap. 20.* Rationes hujusce assentionis nostræ hæ sunt. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui scit & consentit, *l. nemo, 145. ff. de reg. jur. l. venditor, 11. C. de resc. vend. l. si minor, 9. C. de act. empt. 2.* Quia videtur donationis causa minoris vendidisse, nam ubi errore interveniente datetur repetitio, ibi quod consulto & a sciente fit, donari intelligitur, *l. cujus per errorem, 53. ff. de reg. jur. funct. l. si quis, 38. ff. de contr. empt. l. cum donationis. 34. Cod. de transact. 3.* quia qui scit & vult, similis est ei, qui jus & actiones suas remittit, *leg. 1. in fin. de action. empt.* Postremo a parte hujus sententiæ stat textus rotundus in *leg. 2. Cod. si major fact. alien. fact. sine decr. rat. hab.* ubi expresse ei demum, qui inconsulto errore lapsus est, in hac læsione succurrendum ad consultationem Liciniæ rescribie Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere sunt. 1. Quia Imperatores in *dict. l. 2. Cod. de resc. vend.* beneficium hoc venditori supra dimidium veri pretii læso concedentes non distinguunt, sciverit, an ignoraverit pretium rei suæ: at quam distinctionem lex non agnoscit, eam nec nos admittere oportere vulgatum est. 2. Quia hac distinctione admissa eluderetur beneficium legis; quippe quod ratio admodum locum haberet: quoniam venditor præsumitur nosse vires & merita rei suæ: etiam prædii longe dissiti *l. quisquis, 15. Cod. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, sed in nimia inæqualitate; quæ utique societatem vitiat, absque discrimine scientiæ vel ignorantiæ, *l. si non fuerint, 29. §. ultim. ff. pro soc.* 4. Quia fieri potest, ut venditor necessitate rei familiaris urgente vel sciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut a priori sententia, quæ & communis est, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo disertis verbis dictinctio ista agnoscitur, nempe *l. 2. C. si major. fact. alien. fact. sine decret. rat. hab.* etiam ipsa *l. 2. Cod. de resc. vend.* eamdem distinctionem non obscure suppeditat; quoniam nemo sciens & volens lædi videtur: quæ regula utique etiam in venditione obtinet, *l. ea quæ commendandi, 43. ff. de contr. empt.* At humanitati *dict. l. 2.* causam dedit iniquitas læsionis. At hinc simul removetur & tertia ratio: nam etsi *dict. l. 2.* non fundatur in dolo vel errore, fundatur tamen in injusta sive iniquitate, quæ nulla est adversus scientem & consentientem, *l. nemo, 145. ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum, id cum locis supra citatis tam manifeste pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat: nihil præsidii habent in exemplo, quod afferunt societatis leoninæ, id est, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri exspectat: nam lucri communio ita naturalis est societati, ut sine ea nequeat societas consistere. Quod si forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in sociorum æquali collatione, hallucinati sunt; eumque errorem confutavimus *supra c. 52.* Ac tametsi in societate id placeret propter naturam societatis, quæ æqualitatem desiderat, & jus quodammodo fraternitatis in se habet, *l. verum, 63. princ. ff. pro soc.* non continuo id trahendum esset ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipso jure nulla esset venditio, quod pretium non per omnia proportione responderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus quod plutis est, minoris emere; quod minoris, plutis vendere, & ita naturaliter in vicem se circumscribere, contra *leg. item si, 22. §. ultim. ff. locat. l. in causa, 16. §. idem Pomponius, 4. de minorib.* Quod secundo loco allegant, admissa nostra eademque communi sententia futurum, ut rarissime huic beneficio sit locus, eo quod venditor præsumatur non ignorare pretium suæ, ex *l. quisquis, 15. Cod. de resc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diserte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præsumi scire venditorem, sed debere scire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ agnoscitur, si ultra dimidium læsus est. Postremo nec in necessitate venditoris rem suam urgente debito distrahentis contraria opinio fundari potest: id enim repugnat aperto textui in *l. non ideireo, 12. Cod. de resc. vend.*

CA-

CAPUT LVII.

An locus sit beneficio l. 2. C. de rescind. vend. in transactione?

BEneficium quod venditori, qui rem minoris dimidia justi pretii vendidit, tribuitur, *l. 2. C. de resc. vend.* ex adverso etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit, dandum esse, facile admiserim cum Interpretibus contra Cujacium *lib. 19. observ. 18.* Quin etiam ad alios contractus venditioni similes humanitatem constitutionis transferendam esse, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum divisionem, si quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit quam dedit. Neque enim personæ beneficium est, sed causæ, hoc est, non tribuitur personæ venditoris, sed læsioni: quia læsus, non quia venditor. Quibus autem in causis eadem plane ratio est, in his idem jus statui oportet, estque hæc communis usuque forensi recepta sententia. Anceps autem & necdum communi consensu terminata quæstio est, an legis hujus beneficium ob enormem læsionem producendum sit ad transactionem: puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur; aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem sententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod transactio comparata est ad lites finiendas, *l. fratres, 12. C. de transact.* sicut & jusjurandum; cui transactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Unde consequens est, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.* ita quoque lite transactione bona fide sopita, nihil amplius quæri debeat, quam an transactum sit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earumdem fiat seminarium; in quam rem & textus est notabilis in *c. 1. ext. de transact.* Nec aliam rationem haberem credo; quod placuit ne principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere, *leg. causas, 36. Cod. de transact.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata, *leg. non minorem, 20. C. de transact.* At vero res judicata prætextu læsionis, licet immodicæ non rescinditur, *l. 4. C. de re jud.* Et porro sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti, *l. 1. Cod. de cond. indeb.* ita nec solutum ex causa transactionis, etsi debitum non fuerit, *l. in summa, 65. §. 1. ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* quid quod pecunia, quæ transactionis causa datur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ne aliquid sequatur, *l. nec interest., 23. C. de transact.* quod apprime notandum est. Et magna satis causa justaque est, cur detur, nempe ut a lite discedatur *d. l. an summa §. 1. ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium est. *Il gagne assez qui se met hors de proces.* Adhæc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætextu, 29. Cod. de transact.* At quæ justior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remissum sit. In *l. Lucius Titius, 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* proponitur casus a Scævola quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuisse, quam hæres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat Scævola, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse. Non potest hic locus intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent, quomodo a nonnullis accipitur: alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset. Ponamus vero postea transactum esse, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadrupli amplius in hæreditate fuisse, quam restitutum erat: sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit, in reliquum fideicommissi nomine hæres conveniatur. Etenim transactione rescissa omnia in pristinum statum restituuntur; secus vero est, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus est, qui hujc sententiæ objici solet nempe *l. si superstite, 5. Cod. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre super causa gestæ, tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex isto loco colligi possit, transactionem bona fide ab utraque parte interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imperatores, si filia immodice læsa fuerit ex liberatione, quæ transactionem secuta sit, novatione & acceptilatione solemniter interposita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, per fraudem liberationis filiæ expressa, & nimirum quo casu si adversus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat: cæterum & illud in confesso est de dolo agi non posse, nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam simpliciter, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio, *leg. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit, *leg. non debet, 11. ff. eodem*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit, *leg. sed & 15. §. ultim. tit. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcumque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio: verbi gratia, quæ ultra bessem sit, dolum re ipsa inducat paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commentum est Interpretum in *leg. si quis, 36. de verb. oblig.* vid. Anton. Fabr. *Cod. suo forens. tit. de transact. def. 3.* Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debere interpretationem recipere ex *l. 2. Cod. de rescind. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimetur, *l. dolus, 10. Cod. eod. tit.* nec unquam esse possit ἀνώμοιομέρεια, *L. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quoniam si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus patrem actio illa in factum subsidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari solet ipsa actio de dolo ob modicam summam adversus alium quemlibet, *leg. si quis, 9. §. ult. cum l. seq. ff. de dol. mal.* ut bene

Anton.

Anton. Faber *decif.* 8. *err.* 10. Schifordig. *lib.* 2. *tract.* 25. tere per tot. Porro ratio cur actori qui tranſegit, beneficium hoc concedendum non ſit, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuiſſe quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat; aut propter impenſas dubium litis eventum noluit exſpectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio? Quæ dubia ſunt, ea certam æſtimationem non recipere ait Ulpianus in *leg. quemadmodum*, 29. §. 3. *ff. ad leg. Aquil.* Immo vix eſt ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æſtimatio. Fatemur dubium eventum æſtimari poſſe, *l. propter*, 23. *ff. famil. erciſc. l. ſi fallum*, 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *ff. de hæred. vend.* ſed negamus dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem, *dict. l. quemadmodum* §. 3. *l. quod debetur*, 51. *ff. de pecul.* ut proinde nec certa læſio dici poſſit, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur; cum tamen certam eſſe læſionem oporteat, & quidem inſpecto præciſe tempore contractus, ut huic remedio ſit locus. Atque hanc eamdem ob cauſam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hæreditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur, *l.* 8. §. 1. *ff. de contr. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hær. vend. l. ſi plus*, 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. Cod. *eod.* In reo autem tranſigente prima facie videri poteſt omnino non eſſe locum huic quæſtioni: quippe cum nemo plus dare ſoleat, quam ab eo petitur: ſed tamen & in reo tranſigente poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam ab eo petitur: attamen dicere poteſt, ſe nihil aut duplo minus quam dedit debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem, tantam ſe ſummam dediſſe. Cæterum nec reo hoc caſu remedium, *dict. l.* 2. Cod. *de reſc. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem caſu ceſſet condictio indebiti, *leg. in ſumma*, 65. §. 1. *ff. de cond. ind. l.* 2. Cod. *eod. l.* 6. C. *de jur. & fact. ign.* quæ & ipſa ex humanitate, bonoque & æquo introducta eſt, *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & ceſſare debet remedium, *dict. l.* 2. Non me latet Pinelium ad *d. l.* 2. *part.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. bonamque cum eo partem Interpretum beneficium, *d. l.* 2. porrigere ad quoſcumque contractus, etiam ſtricti juris, atque adeo ad ipſam quoque tranſactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt: utique ad tranſactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt: quamvis id quoque faciat idem Pinellus, *ibid. num.* 10. audaci ſane, ut mihi videtur, interpretatione, & multarum litium ſemina continente, vide Andr. Gail. 2. *obſerv.* 70. Damhoud. *prax. civ. c.* 200. *num.* 6. *& ſeqq.* Fachin. 2. *contr.* 26. Diod. Tuiden. *ad tit.* C. *de reſc. vend. num.* 5. Anton. Fab. *decif.* 8. *err. prag.* 10. Donnell. *in d. l.* 2. C. *de reſc. vend. num.* 22. Perez. *ad dict. tit.* Cod. *num.* 14.

AR-

ARNOLDI VINNII, J.C. SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER SECUNDUS.

CAPUT PRIMUM.

Si conductor casus fortuitos in se suscoperit, an id quoque ad casus insolitos pertineat?

Certum est casus fortuitos nullo in judicio præstari, ac ne in commodati quidem, *l. 5. §. quod vero, 4. ff. commod. l. 1. §. & ille, 4. ff. de oblig. & act. §. 2. Instit. quib. mod. re contr. oblig. l. contractus de reg. jur. leg. 6. Cod. de pign. act.* quo postremo loco verba illa, *in nullo bonæ fidei Judicio*, non sunt adjecta ad excludenda judicia stricti juris, *l. si ex legati, 22. ff. de verb. oblig. l. 3. ff. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum, nam si in commodato non præstatur casus fortuitus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus sit stricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, sed de levi duntaxat, *d. l. 5. §. 2. ff. commodat. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. stabular. l. in navem, 31. in fin. ff. locat.* tantum abest, ut de vi majore & casu teneatur, *l. si merces, 25. §. vis major. 6. ff. locat. dict. l. contractus, de regul. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari potest. Einge conveniſſe ut in depoſito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus, quam placitum est, præstabitur: quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præstetur, *l. 5. §. 2. & §. interdum, 10. ff. commod. l. 1. §. si convenit, & ff. de pos. l. 1. Cod. eod. dict. l. contractus, de reg. jur.* Sed & si in negotio gerendo conventio interposita sit de casu præstando, scilicet ut debitorem damna fatalia sequantur, rata est conventio: contractus enim legem a conventione accipiunt, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *dict. leg. contractus, d. l. 1. §. illud, l. 7. §. sæpe, 35. depos. l. 6. Cod. de pign. action.* Quamobrem & si quis ita fundum locaverit, ut si quid casu fortuito sive vi majore accepisset, hoc ei præstaretur, pacto standum est, *l. si quis, 9. §. 2. ff. locat.* Est autem casus fortuitus id omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui prævisio non potest resisti, *l. in rebus, 18. princip. ff. commod. l. ex contracto, 13. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. 6. Cod.*

de pign. action. Igitur hoc certi juris est, si convenerit; ut conductor etiam casum fortuitum præstet, conventionem valere, damnumque improviso casu contingens conductorem sequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujusmodi conventio etiam pertineat ad casus insolitos, id est, an conductor in se recipiens casus fortuitos recepisse etiam intelligatur casus insuetos & raro admodum contingentes, Bartolus in *l. 4. §. penult. ff. si quis caut. judic. sist.* & in *leg. fistulas, 78. §. ultim. ff. de contr. emption.* id negat, quem sequitur Mantica *lib. 5. de tac. & ambig. conv. cap. 8.* Gail. 2. *observ. 23. num. 18.* & vulgo DD. nimirum distinguunt illi inter casus fortuitos solitos, sive communiter contingentes, & insolitos seu qui præter consuetudinem veniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præstare teneatur, horum autem neutiquam, quasi de iis cogitatum non esset. Sed mirum est profecto hanc sententiam cuiquam probari potuisse: cum eventus insolitus vel maxime contineatur appellatione casus fortuiti, & fere solus etiam secundum ipsius Bartoli definitionem in *dict. l. fistulas, 78. §. ultim.* ubi dixisset eum, qui in se suscipit casum fortuitum, teneri de casibus communiter contingentibus, mox imprudens sibi contradicit, dum ait: casus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex consuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex consuetudine contingant. Nec fieri potuit. Nam cum Bartolus in *dict. l. 4. §. penult. ff. si quis caut. judic. sist.* sententiam suam, nempe conventione de præstando casu fortuito interposita non intelligi casum insolitum, firmasset auctoritate Labeonis in *dict. leg. fistulas §. ultim. ff. de contrab. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, necesse fuit, ut aut incaute sibi contradiceret, aut sententiam suam mutaret, adeo perspicue ibi casu fortuito adscribuntur insolita, & quidem insolita tantum, non etiam quæ secundum consuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc sunt: *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum, ea frumenta nives corruperunt; si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestates* (ita lego, *non tempestatis*, cum Salmasio *cap. 24. ad jus Att.*) *agi tecum ex empto poterit.* Locus hic minime obscurus est, sed planus, si ullus alius. Notum est emptione perfecta, id est, simul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi res emptori nondum tradita sit: venditorem autem ex natura contractum, qui utriusque gratia fiunt, præter dolum & cul-

culpam nihil præstare, §. 3. *Instit. de empt. & vend. l. 8. princ. ff. de peric. & commod. rei vend.* & sexcentis similibus locis. Ergo in specie a Labeone proposita, si venditor nominatim casus forte eventuri periculum in se non suscepisset, nullam emptor cum eo actionem habuisset de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in se casus fortuiti præstatione, de eo quod tempestate contingit, ex conventione tenetur, si modo tempestas insolita fuit, & præter morem cæli regionis sæviit: aut ut ipse Labeo ait, si, ideo frumenta corrupta, quia tempestates immoderatæ, & contra consuetudinem fuerunt, quasi quod vulgo & ex consuetudine fit, pro casu fortuito non sit habendum. Quam ob causam satis mirari nequeo, quod Bartolus & passim alii firmamentum sententiæ suæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte destruit. Cæterum sunt alia loca, quæ Bartoli sententiam probabilem faciunt aut saltem prima specie facere videntur. Primus locus est, *lex Sejo*, 10. §. 1. *ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujusmodi specie consultus, *Medico Sempronio quæ viva præstabam, dari volo*, respondet: ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam similitudinem hæc species habet cum quæstione proposita. Tale enim legatum, *Quæ viva Medico præstabam*, &c. non nisi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri potest, quia instar honorarii seu stipendii annui medico id relinquere testatrix voluit: ac proinde nec videri potest testatrix sensisse de iis, quæ ex occasione & quasi fortuita libertate semel atque iterum in vita præstiterat: quippe circa quæ legatum non potuit consistere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi posset, quia nimirum quæ extra ordinem & ex occasione τὸ αὐχὶ δεον dedit, ea non ἐκ προνοίας aut perpetuæ voluntatis destinatione profecta fuerunt. Secundo, pro eadem sententia affertur textus in *l. 4. §. pen. ff. si quis caut. jud. fist.* ubi Jurisconsultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium desertum excusent, nisi causæ exceptionum specialiter fuerint expressæ. Respondeo, & illud dissimile est. Nam qui casum fortuitum in se recipit, ipsa nominis vi admonente cogitat etiam de insolitis, saltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non censetur cogitasse de iis causis, quæ de novo forte tunc sunt, sed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renuntiationis non respiciunt ad id de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum e converso casus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte Tulden. *ad Cod. tit. de locat. num.* 11.

Cætera, quæ proferunt minorem etiam speciem habentia quale est illud quod in *l. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis casibus accidunt, prævideri non posse. Nam etsi prævideri non possunt, nec averti possunt, tamen præcogitari; & qui eos in se suscipit, insolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque est, quod de procuratore, universorum bonorum afferunt, nempe etsi is facere potest ea quæ dominus facere solitus erat, non posse tamen facere, quæ dominus facere non consuevit, *l. vel universorum*, 12. *ff. de pign. act. leg. qui semisses*, 13. §. 1. *ff. de usur.* Etenim mandati fines diligenter sunt custodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis, *l. 3. ff. mand.* Generale autem mandatum, etsi verbis omnem administrationem continet, non continet tamen sententiam mandantis, quippe quem credibile non est ea mente fuisse, ut quid procuratori suo facere permiserit, quod ipse facere non consuevit; & alias satis notum est, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, sed speciale mandatum in his requiri; qualia sunt causa famæ, restitutio in integrum, transactio, &c. *l. non solum*, 39. §. *ult. & seq. l. mandato*, 60. *ff. de procur. l. illud*, 25. §. 1. *ff. de minorib.* Postremo ejusdem generis est, quod colligunt ex *l. qui occidit*, 30. §. 3. *vers. at si omnia ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, observavit, & subita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de casu fortuito præstando actum est, ac proinde nec præstari casus fortuitus debet, nec magis insolitus, quam qui crebrius evenire solet, *l. contractus, in fin. ff. de reg. jur.* eodem modo respondendum ad *l. si, putator*, 31. *ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. si quis fundo*, 49. §. 1. *ff. eod.* ubi Ulpianus scribit, damnum injuria dedisse non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad suas ædes perveniret, qui textus est notabilis. Ita ferme & Paulsenman. *l. 1. q. tract. c. 6. & 7.* Fachin. *l. 2. contr. c. 68.* Diod. Tulden. *ubi supra.*

CAPUT II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare possit emphyteusim inconsulto domino?

CONtractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura & insitione, sive, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe in longissimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & conservarentur, idque modica pensione annua, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem fere conditione locari cœperint. Est igitur jus emphyteuticum seu emphyteusis jus perpetuarium, cum quis agro alieno tanquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi dominii præstandæ. Non solum autem jus utendi, fruendi per constitutionem emphyteuseos emphyteuta acquirit, sed etiam in emphyteusim oppignorandi, *l. lex vectigali*, 31. *ff. de pignor.* servitutem prædio imponendi, permutandi & quoquo modo in aliam transferendi, *l. 3. Cod. de jur. emphyt.* unde est, quod emphyteutæ interdum domini vocantur, *l. 2. l. 4. C. de div. præd. urban. & rust. empl.* Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteuseos non tantum licita cuilibet fuit, sed etiam libera, *l. 1. ff. si ag. vectigal. §. 3. Instit. de locat. l. 1. Cod. fund. patrim. l. 11.* At lege Justiniani id jus nonnihil imminutum *l. 3. C. de jur. emphyt.* cujus hæc summa est, ut si inter dominum & emphyteutam in ipso contractu de alienatione nihil convenerit, (nam conventionem omnimodo servari vult) liceat quidem emphyteutæ

teutæ jus ſuum in alium transferre, ſed certis conditionibus, quarum prima eſt: ut, ſi id vendere velit, domino illud denuntiet, eique offerat *προτίμησιν* ſeu emendi prærogativam. Non requiritur ergo conſenſus domini, ut vendere liceat, ut male pletique putant: verum ut ipſi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc non tam eſt requiſitio conſenſus domini, quam ſimplex certioratio. Secunda eſt, ut novus emphyteuta a domino in poſſeſſionem inducatur, ſeu, ut nunc vulgo loquuntur, inveſtiatur. Tertia & poſtrema, ut dominus pro admiſſione & ſubſcriptione ac depoſitione (cujus forma in *diſt. l.* 3.) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquageſimam partem pretii, ſi vendatur, vel æſtimationis fundi, ſi per aliam conventionem puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem poſteriora, nempe inductio ſeu inveſtitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non ſatis expeditum eſt, an in caſu donationis & permutationis eadem quoque denudatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam ſimilis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut, ſi emphyteuta rem alteri donare velit, dominus poſtulare poſſit, ut ſibi donetur, quod aperte iniquum eſt: aut ſi permutare cum allo emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipſum ſine manifeſta injuria emphyteutæ conſtitui non poteſt. Sed an emphyteuta priuſquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, ſed id facere velle, & ſic etiam offerre domino ſi velit, poteſtatem emendi; ſive an dominus poſſit æſtimationem ſolvendo ſic etiam rem ad ſe revocare. Reſpondeo, ut hoc quidem admittendum eſt, tum reſpectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, ſimul vult extare monumentum liberalitatis ſuæ, & manere in ſui memoriam: tum reſpectu donatarii, cui fortaſſis gratior eſſet & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid ſi emphyteuta prædium ſuum alicui legaverit, (poteſt enim & hoc facere, *l. ſi domus*, 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l. in conventionibus*, 219. *ff. de verb. ſign.*) & id fecerit indulgens affectui amici ſui, an & hic dominus ablato pretio legatarium fundo ſibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti? atqui legare, eſt donare. Aut quid ſi emphyteuta hæredem teſtamento inſtituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero ſi hoc admittamus, fruſtrabitur emphyteuta deſiderio ſuo & fine cupito, nempe eo prædio, quod ſuo præculit, & multas ob cauſas præferre potuit. Quid enim ſi alter illud vendere nolit, aut non niſi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob cauſam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam ſuum, ut homines diverſimode afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil intereſt, a quo pretium accipiat, a domino, an ab alio: quippe quod ſolum deſiderat, & in quod nulla poteſt cadere affectio, *l.* 3. §. *de in lit. jurand.* Hoc itaque poſito, ſupervacuum foret in donatione aut permutatione requirere conſenſum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus ſuum prior transferre vult, dominus admittat & in poſſeſſionem accepto laudemio ſuſcipiat: hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, niſi in tales perſonas jus transferatur quæ in contractibus emphyteuticis excipi ſolent, aut non ſunt idoneæ ad ſolvendum emphyteuticum canonem *diſt. l.* 3. *verſ. neceſſitatem autem C. de jur. emphyt.* Et bene Jaſon animadvertit principium *d. l.* 3. eſſe generale, atque in univerſum ibi prohiberi emphyteutam jus ſuum in alium transferre, hoc ſcilicet fine, ne inſcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta ſubſtituatur, & ille privetur laudemio; at *verſ. ſed ne dat occaſione* eſſe ſpecialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam ſi facere velit emphyteuta, formam illic præſcriptam ſervare debeat? Arguunt hoc ipſa textus verba, *vendere*, *comparare*, *pretium accipere*, *eandem quantitatem præſtare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea quæ mox ſequuntur, & quidem evidentiſſime: quod neſcio ab aliis obſervarum. Nam cum Imperator conſtituiſſet, quid ſpeciatim in contractu venditionis obſervari vellet, nempe atteſtationem meditatæ vendicionis domino tranſmittendam eſſe, eique offerendam emendi prærogativam, & ſi deliberaturum ſe dicat dominus, reſponſionem ejus per bimeſtre temporis ſpatium expectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuſeos alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, ſi dominus neget ſe emere velle, aut per memoratum tempus nihil reſpondeat, tunc liceat emphyteutæ jus ſuum, cui velit, dummodo perſonæ idoneæ, vendere, atque ut dominus neceſſe habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, ſi emphyteuta alio modo jus ſuum ad perſonas conceſſas & idoneas tranſponere velit, poſſe hoc eum facere etiam domino inconſulto, nulla nec emphyteutæ impoſita denuntiationis neceſſitate, nec conceſſa domino contradicendi licentia. Utroque autem caſu exigit ut dominus ipſe novum emphyteutam in poſſeſſionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem a domino reſtato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menſes expectet; qui ſi novum emphyteutam intra id tempus admiſerit, tum illi pro admiſſione ſua & ſubſcriptione honorarii loco vult tribui quinquageſimam partem pretii, ſi jus emphyteuticum venditum eſt, vel æſtimationis loci, ſi ex alia cauſa translatum. Quod ſi dominus toto eo tempore ſuperſederit novum emphyteutam, alioqui idoneum admittere, tum Juſtinianus ipſi emphyteutæ liberam poteſtatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in poſſeſſionem, nihil laudemii nomine domino relicto, quod alias pro admiſſione conſecututus fuiſſet. Atque hæc communis Interpretum ſententia eſt in *diſt. leg.* 3. quam ſequitur Mantica *lib.* 22. *de tac. & ambig. conven. tit.* 28. *n.* 56. *& ſeqq. & n.* 69. atque ibi citati Diod. Tulden. *in Cod. diſt. tit. n.* 8. Bronchorſt. *cens. rei aſſert.* 80. eamque bene & erudite defendit Donell. *lib.* 9. *comm.* 14. Diſſentit ex parte Andr. Fachin. *lib.* 3. *contr. cap.* 97. *& lib.* 6. *cap.* 98. Cujus argumentis facile occurri poterit ex his, quæ jam dicta ſunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in caſu donationis & permutationis emendi prius domino poteſtatem faciendam contendunt, eumve æſtimatione oblata jus habere tem ad ſe revocandi; leviores ſunt, quam ut novam & peculiarem mereantur reſponſionem. Obiter hic noto quibuſdam nempe curialibus, veritum eſſe prædia ſua ſine decreto vendere, donare & permutare permiſſum: ex quo apparet, non ſemper a venditione ad donationem licere

cere ἀναβολήν, de quo Interpretes ad *leg. non debet* 21. *ff. de reg. jur.* Quatenus noſtris & Gallorum moribus a conſtitutione Juſtiniani in *diſt. leg.* 3. *Cod. de jur. emphyt.* receſſum ſit, diſce ex Groenevv. *tract. de leg. abreg. ad leg.* 3. Grot. *lib.* 2. *introd. ad juriſp. Bapt. cap.* 4. Monarc. & Autum. *ad leg.* 3.

CAPUT III.

An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renunciaſſe caducitati?

PRæſtatio canonis ſeu penſionis annuæ pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre *l. princ. ff. ſi ag. vect. ſeu emphyt. pet.* §. 3. *Inſt. de locat.* Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, eum is jure ſuo, volente domino, cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *l.* 2. *Cod. de jur. emphyt.* In emphyteuſi eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem Cod. de Sacr. Eccleſ.* Quid autem, ſi emphyteuta poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum domino obtulerit, iſque eum ultro ſine proteſtatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipſo caducitati renuntiare, & ſolventem pro emphyteuta agnoſcere? Et ſiquidem emphyteuta eccleſiæ per biennium in ſolvendo canone ceſſaverit, noviſſima Juſtiniani lege, licentia datur eccleſiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta vindicandi, ſive ut Juſtinian. loquitur τὸ ἐφεστῶτος ἐνιαυτοῦ καὶ τὸ ἐνεστῶτος. *Nov.* 120. *cap.* 8. unde *auth. qui rem Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Igitur ſi prælatus aut capitulum poſt biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, ſalvum nihilominus manet eccleſiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc conſtitutum ſit ſpeciali favore eccleſiarum & venerabilium dominuum, ut apparet ex *d. cap.* 8. *Nov.* 120. nec prælato concedendum, ut jus eccleſiæ ex caducitate quæſitum remittere poſſit: non temere id ad emphyteuſin civilem trahi debet. Immo, quia Juſtinianus id ſpecialiter conſtituit in emphyteuſi eccleſiaſtica, hoc ipſum argumento eſt, noluiſſe eum idem obſervari in emphyteuſi civili, ut proinde hic ſtandum ſit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteuſi civili, ſtatuendum ſit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non ſolutum jure ſuo volente domino excidit, etiamſi interpellatus a domino non fuerit, *l.* 1. *Cod. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur, *l.* 12. *Cod. de contr. & com. ſtip.* ſed neque moræ hic admittitur purgatio; quoniam, ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non poteſt, *l.* Celſus 23. *pr. ff. de recept. arbitr. l.* 4. §. *ult. ff. de leg. commiſſ. l. cum ſtipulatus* 113. *ff. de verb. obl. l. ad diem* 77. *ff. eod.* Ratio eſt, quia quod jus parti ſemel quæſitum eſt, ſive lege, ſive propria conventione, id ei auferri non debet, *l.* 2. *ff. de his qui ſui vel alien. jur. l.* 12. *ff. de reg. jur.* Fac. *d. l.* 23. *ff. de recept. arbitr.* quamquam emphyteutæ eccleſiæ jure canonico permiſſum moram purgare celeri ſatisfactione, *cap. ult. extr. de locat.* forte quia jus ſuum citius amittis, eoque jure & in civili noſtri ſcribit Grotius *lib.* 2. *introduct. cap.* 40. de quo tamen vide Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ. c.* 117. *n.* 3. Coren. *obſ.* 22. *rer. jud. a ſup. Holl. ſenat.* Groenevv. *tract. de leg. abrog. ad diſt. l.* 2. Cum igitur emphyteuſis (loquimur de civili) non ſoluto per triennium canone ipſo jure in commiſſum cadat, nec cadat tamen niſi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum eſt, eleganter quæritur, an, ſi dominus poſt triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta ſine proteſtatione acceperit, aut ipſe canonem exegerit, commiſſo renunciaſſe videatur? Affirmant Guido Pap. *qu.* 171. Clar. §. *emphyteuſis qu.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Perez. *in Cod. de jur. emphyt. in fin.* Ant. Fab. *C. eod. defin.* 16. Jaſ. late *in l.* 3. *Cod. d. tit.* & DD. comm. quos etiam ſecutus eſt Bachov. *in* Treutl. *vol.* 1. *diſp.* 29. *theſ.* 12. Negant Mantica *lib.* 2. *de tac. & ambig. convent. tit.* 33. *n.* 1. *& ſeqq.* Bronchorſt. *centur.* 1. *aſſert.* 83. D. Tulden. *ad Cod. de jur. emphyt. n.* 15. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 157. *n.* 8. *& ſeq.* Ego priori ſententiæ, ut probabiliori mihi viſæ, ſemper adhæſi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commiſſi cum ſit pœnale, facile remiſſum intelligatur, ſicut evenit, cum alia qualibet pœna commiſſa ob non ſolutam ſua die pecuniam, ſors petitur poſt diem; aut cum venditor, qui legem commiſſoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* nimirum in odium pœnarum quæ ſemper odioſæ, ſive legitimæ ſint, ſive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. l. pen. ff. de pœn.* Utique regulariter res ipſa & pœna ſimul peti non poteſt *l. reſcriptum* 10. §. 2. *ff. de pact. l. ſi pater* 12. §. 2. *ff. de pact. dotal. l.* 4. §. *Labeo* 7. *ff. de dol. mal. except. l.* 4. *Cod. de pact. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diverſa ratio eſt, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præſtandum id, ad quod præſtandum ex conventione aut lege obligatus eſt. Perperam autem ad hæc loca ſimilia reſpondetur, quod pœnalis ſtipulatio per ſe non conſiſtat, ſed acceſſio ſit obligationis principalis, qua ſublata & ipſam tolli neceſſe ſit. Verum enim non eſt, pœnalem ſtipulationem acceſſionem eſſe ejus obligationis, cui ſubjicitur: per ſe enim ſubſiſtit §. *ult. Inſtit. de verb. oblig. l. ita ſtipulatus* 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiam ſi ſubjecta ſit inutili, *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri* 17. *ff. eod.* Immo & uſuræ præteritæ, quæ ex ſtipulatione debentur, obligatione ſortis ſublata adhuc peti poſſunt, quia duræ hic ſunt obligationes ſeparatæ, *leg. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod cert. loc. l.* 1. *Cod. de judic. arbitr. l. qui per colluſionem* 49. §. 1. *ff. de act. empt. l.* 4. *C. depoſ.* a contrario ſenſu. Quod autem pœnalis ſtipulatio ſubjecta turpi aut impoſſibili inutilis eſt, *l. ſtipulatio* 61. *l. ſi homo* 69. *ff. de verb. oblig.* non eam rationem habet, quod ſit acceſſoria aut inutili ſubjecta; ſed quia & ipſa eodem vitio, quo prior laborat, aut pro turpi aut impoſſibili habetur, per *leg. aliud eſt fraus* 131. *ff. de verb. ſignif.* de quo fuſe Donell. *ad d. leg. ſi homo.* Confirmat hanc noſtram ſententiam, *l. Æmilius* 38. *ff. de min.* in verb. *& pretium petendo a lege ſua receſſiſſe*; item *l. celſus* 23. *pr. verſ. Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non poteſt, ff. de recept. arb.* & ſimilis locus eſt in *l. pen. ff. de leg. commiſſ.* Igitur ſi dominus non poteſt exigere canonem, & ſimul exercere jus caduci, ſive rem vindicare, & emphyteutam expellere, etiam

etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renunciasse videtur. Etenim hoc posito, quod privatio & expulsio sit pœna, uti revera est, si dominus non ignarus emphyteutam jure suo cecidisse, quo nonnisi eo volente cadit, canonem præteriti temporis sibi oblatum receperit, solventem pro emphyteuta agnoscere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum est, emphyteutam & jus suum atque meliorationes amittere & nihilominus ad canonem solvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum est, emphyteuta canonem non solvens duplici de causa jure suo privatur: primo, quia pensionis damno dominum afficit: deinde, & quidem præcipue, quod se emphyteutam esse negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone postea oblato & ultro a domino recepto. Non obstat, quod quidam objiciunt, canonem solvi pro perceptis fructibus pœnam infligi ob cessationem. Nam canonis solvendi hic principalis finis est, ut memoria domini conservetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoscatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus, quam in recognitionem dominii solvitur. Longe alia ratio est coloni, a quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere potest, *l. colonus, pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & solvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum quod amittat, in fundo habet, impensasque utiles, si quas fecit, recipit, *d. l. colonus*, nec locator eo expulso quicquam lucratur aut consequitur præter potestatem alteri rem locandi, quod sæpe etiam incommodum locatori affert. Aliquid quoque juris est; cum utrumque debetur & res & pœna, ut in specie *l. 7. §. 1. ff. de cond. furt.* & emphyteusi ecclesiastica, *Nov. 12. cap. 8.* item in specie, *si quis major*, 41. *Cod. de transact.* & denique si pœna adjecta sit coercendo contemptui, in casu, *l. si quis rem*, 30. *ff. de recept. arbitr.* Plane si dominus canonem præteriti temporis accipiens protestetur, se non alia lege eum accipere, quam ut salvum sibi maneat jus commissi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam protestatio conservat jus protestantis, *l. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. solv.* haud secus ac cum inter contrahentes ab initio actum est, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat, *leg. pen. ff. de transa.* Neque vero protestatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, sed jus expulsionis, quod ante habuit, ei conservat, cui protestationi si non contradicat emphyteuta, in eam consentire videtur, *cap. qui tacet ext. de reg. jur.* Quod si dominus cum protestatione accipiat canonem futuri temporis, sive elapsum post tempus quo emphyteusis in commissum cecidit, nihil hæc protestatio dominum juvabit: quoniam protestatio facto contraria nihil operatur, *l. 1. ff. si usufruct. pet.* Est autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorsus contrarius juri quæstio: hoc enim supponit non esse amplius emphyteutam, ille contra adhuc esse. Digna mihi visa fuit hæc quæstio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud plerosque hactenus tractata fuit.

CAPUT IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat?

CRediторum alii sunt chirographarii: id est, qui citra hypothecam personalem tantum actionem habent: alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii, quidam puri & simplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter se concurrentes omnes pares sunt, etsi alii alios tempore præcedant, *l. 6. cap. de bon. auct. jud.* Quod si cum chirographariis simplicibus concurrant ejusdem generis creditores, sed privilegiarii, id est, privilegium personale exigendi habentes, hi illis potiores sunt. Inter ipsos autem privilegiarios ejusdem tituli, licet diversi temporis, nulla prælatio est, *l. privilegia 32. ff. de reb. auct. jud. poss.* Hujus generis creditores sunt respublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. dubt. jud. poss. l. 2. Cod. de jud. reipubl. lib. 11.* qui in navem extruendam vel instruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem 26. l. quod quis navis 34. ff. dict. titul. &c.* Inter ejusdem generis creditores numeratur & qui ob restitutionem ædificii collapsi pecuniam credidit, *l. si ventri, 24. §. 1. ff. eod. l. crediter, 25. ff. de reb. credit.* Sed huic postea Senatusconsulto etiam pignus datum est, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruiturae: te ipsa enim restituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæsitum est, an non & ille jus taciti pignoris habere debet, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim interest, utrum quis tantum habeat personale privilegium exigendi, an vero hypothecam sive pignus. Nam qui hypothecam habent, sive tacitam, sive expressam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi duntaxat habent, *l. eos qui 9. cap. qui potior. in pign.* quam ob causam hi etiam fisco postponuntur, *dict. leg. quod quis navis, ff. de reb. auct. jud. poss. junct. l. 1. & l. 2. Cod. in quibus caus. pignor. tac. l. 2. Cod. de pur. fisc. l. si quis 28. ff. eod.* Ego nec invitus in eorum sententiam concedo, qui negant, eum qui in navem reficiendam credidit, jus taciæ hypothecæ habere. Etenim omnes tacite hypothecæ legibus nominatim constitutæ sunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem instituendam credenti personale privilegium exigendi, *dict. leg. qui in navem 24. & dict. leg. quod quis 34. ff. de reb. auct. jud. poss.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem constat taciram hypothecam non habere, cum nec ei, qui in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum sit, sed ei tantum, qui credidit in restitutionem, id est, reædificationem & instaurationem collapsæ, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* Sed & idem privilegium iisdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credit, quæ tamen res in causam pignoris non deducitur, nisi id expresse convenerit, *l. quamvis 17. Cod. de pign. l. 7. Cod. qui potior. in pign. &* ita sæpe judicatum est, *decis. Cur. Holland. 35.* Sande *lib. 3. titul. 11. definit. 5. & 7.* Anton. Fab. *Cod. suo for. tit. qui pot. in pign. defin. 10.* Fallitur igitur Accursius, & qui eum sequuntur, Covarr. 1. re-

1. resolut. 7. num. 3. Neguzant. *p. 2. mem. 3. num. 162. caſ. 16.* aliique ibidem citati: dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, triciri pignoris jus habere propterea quod horum pecunia non minus navem ſalvam fecit, quam illius, qua refecta aut reſtituta eſt inſula, ſive ædificium. Nam ſi hoc verum eſt, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem ſibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor conſecutus eſt, ut eam rem habeat: quod tamen falſum eſt, *diſt. leg. quamvis, Codice de pignor.* Nempe non remere, quod nominatim jure ſingulari tributum eſt ei; qui in reſtitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum eſt ad quoſvis, qui in cujuſcunque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero 14. & leg. ſeq. ff. de legib.* Neque eadem profecto cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis ruendis ſarciendiſque non modo utilitas aliqua publica verſatur: ſed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra ſint & bene compoſita, non caſſa & ruinoſa, ne aſpectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non neceſſarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & ſartis rectis ruendis multa legibus cauta & conſtituta ſunt. Nam & lex duodecim Tabularum de rigno alienis ædibus injuncto agere non permittit, ut id eximatur, ne ſub hoc prætextu ædificia diruantur, *l. 1. ff. de pign. junct.* & Senatuſconſulto cautum, ne ea quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, niſi haſtenus ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *l. cætera 41. §. 1. & 2. leg. ſeqq. ff. de legat. 1.* Quorum nihil ſimile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum eſt, ceſſantibus & verbis Senatuſconſulti & ſententia, pignus in aliis rebus non conſtitui, quæ refectæ noſtra pecunia fuerunt, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenerit, extra cauſam creditæ in reſtitutionem aut refectionem ædium; ut ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exerc. act.* Nam ſi ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum eſt, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accurſius & alii, qui contra ſentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conſervandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus eſſe potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam *l. interdum 5. & l. ſeq. ff. qui pot. in pignor.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conſervandam impenderunt. Jam vero, qui in navem reficiendam credidit, non poteſt potior in pignore cæteris haberi, niſi illi quoque navis obligata ſit. Sed male, inquam, hinc Accurſius colligit, eum qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, ſive pignus legale, conſtitutum lege ſine conventione. Neque enim aut locis iſtis, aut toto illo titulo, cui ſubjecta ſunt, tractatur, quomodo pignus conſtituatur, navis aut res alia pignori obligetur; ſed quæritur, quis ex iis, quibus diverſis temporibus eadem res obligata eſt, in pignore ſit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intelligi ſibi obligatam, quod ſit aperta convention:) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis poſterior credidit, cæteris in pignore eſſe potiorem: quod deinde & alia porrigitur, veluti ſi quis in merces ſibi obligaras, ut ſalvæ fiant, aut in cibaria nautarum: ſine quibus navis ſalva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 6. d. tit. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Juriſconſultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore, ſed ex hypotheſi pignoris conventione conſtitutæi concludit pro jure prælationis. Et ſic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum eſt, licet poſterior ſit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; ſed non aliter, quam ſi id prædium ei obligatum ſit, quod non ſit niſi expreſſa conventione, *l. quamvis 17. Cod. de pign. l. licet 7. Cod. qui potior. in pign.* Eodem modo reſpondendum eſt ad *Nov. 97. cap. 3.* Nam nec illic Juſtinianus quicquam definit aut conſtituit de tacito pignore, ſed relatis diverſis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, ſed alii expreſſam, quales ſunt quorum pecunia, navis, aliave res fabricata, reparata aut comparata eſt, ea lege, ut pignori eſſet, *d. licet Cod. qui pot. in pign. d. l. quamvis 17. Cod. de pignorib.* alii tacitam, ut mulier in cauſa dotis, tractat de jure prælationis, ſancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo ſervetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam, ſive expreſſam, ſive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgarum illud, privilegiatus adverſus privilegiatum non utitur privilegio ſuo. *Nov. 91. cap. 1. l. ult. §. 1. in fin. Cod. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis ſententia eſt. Donell. *de pign. cap. 5.* Bronchorſtius *cent. 2. aſſert. 77.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviſſ. c. 18.* Perez. *in Cod. tit. in quib. cauſ. pign. tac. n. 13.* Bachov. *lib. 4. de pign. c. 9. & 14.* a quibus male diſſentit Coſtalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAPUT V.

An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium l. 2. C. de reſc. vend. avocatis extinguatur?

SPecies hæc eſto: Titius eum fundum a Sejo centum aureis emiſſet, eumdem fundum ſibi traditum pignori obligavit Sempronio. Sejus venditor poſtea cauſatus ſe ultra dimidium juſti pretii læſum eſſe, ſive ſe eum fundum duplo minore pretio quam tempore contractus valebat, vendidiſſe, remedio, *l. 2. Cod. de reſc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio conſtitutum reſolvatur? Bartolus conſtanter negat reſolvi in *l. 3. ff. quibus de hypoth. ſol.* & alibi Baldus contra affirmat in *d. l. 2. n. 17. quæſt. 13.* Bartoli ſententiam amplectuntur Cuman. Roman. Fulgoſ. Alexand. & alii citati a Pinello in *d. l. 2. p. 2. cap. 3. num. 11.* Boer. *deciſ. 181. num. 10.* ubi & communem hanc eſſe ſententiam teſtatur. Baldum vero ſecuti ſunt Caſtr. Salic. Cagnol. Piguell. *d. loc.* aliique plures ibidem relati. Neguſ. *de pign. membr. 1. part. 5. num. 43.* Mantic. *lib. 11. de tac. & ambig. conv. tit. 31. num. 69.* Elegans ſane quæſtio & digna diligenti inquiſitione! Nos hic pro Bartolo

telo adversus Baldum stabimus, non disputandi tantum aut ingenii ostentandi gratia: sed quia veram esse sententiam Bartoli omnino persuasum habemus. Neque tamen in hanc sententiam nos traxit Bartoli ratio, quasi, cum emptor quod deest justo pretio supplendo, restitutionem rei evitare potuerit *d. l. 2. Cod. de resc. vend.* alienatio ista & rei in venditorem translatio non sit necessaria, sed potius pro voluntaria habenda: quo casu res cum suo onere & cum sua causa transeat, *l. 3. & l. seqq. ff. qu. mod. pign. solv.* Nam si hujus controversiæ decisio ex eo tantum penderet, utrum quæ alienatio voluntaria, an necessaria censenda sit, in partes Baldi transirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præstandum judicio conveniri & urgeri possumus, tametsi alterius rei præstatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promisit, si tantum tempus præterierit, intra quod fieri poterat, quod promisit, in id solum conveniri potest; id solum obligatione contineri incipit, quod stipulatoris interest factum esse, quod promissum erat, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. ff. de verbor. obligat. l. 13. §. 1. ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. insulam. l. si servum 91. §. 3. ff. de verb. obligat.* cum autem alterutrum præstare necesse sit, non potest promissor præstando quod stipulatoris interest, dici id fecisse *invitus*, & volenti animo, non magis, quam si quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum solvat, dici potest sponte & *αὐτομάτως*, solvisse, aut dominus noxali judicio conventus, si litis æstimationem præstare maluit, quam servum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene observavit. Cæterum etsi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum secuto improbamus Bartoli sententiam, sed alia ratione eaque vera & solida, eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte constitutum, restitutione post secuta citra injuriam ei auferri non potest; constitutum inquam, creditori, ut in specie proposita, ab eo qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure sine ulla conditione aut suspensiva aut resolutiva, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat. Quid enim si primus emptor rem alteri vendidisset & tradidisset? Utique hunc efficeisset dominum; neque primo venditori adversus hunc ulla competeret actio: quia autem potest sic, ut dixi, rem alienare, potest etiam, nec minus efficaciter, eam opignorare, *arg. l. non debet 21. ff. de r. cred. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore servum, quem emit, & opignoravit, redhibente, pignus non solvatur, *l. 4. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solv. leg. bovem 43. §. pignus 8. ff. de ædil. edict.* neque etiam eo casu solvatur, quo res distracta est ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, *l. 3. in fin. ff. eod. tit.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio sit voluntaria; quanquam illud etiam verum est, non posse jus alicui semel quæsitum voluntate ejus, per quem illud quæsitum est, illi auferri *l. ult. ff. de pact. leg. 1. §. si rem 25. ff. depos. leg. qui balneum 9. princ. l. potior 11. princ. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta sunt, manifestum est propositionem illam Baldi ex *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus*, quod resoluto jure dantis resolvatur & jus accipientis, perpetuum non esse: & alioqui nulla non alienatione rei necesse esse pignus finiri. Procedit ista propositio sive regula 1. ubi res ab eo pignorata est, qui plenum in ea re jus non habet, sed alius est, qui in eadem re jus habet potentius reique ipsis proprietate separatum, quod alter habet, certis casibus & certis ex causis pervenire potest, sive illud jus sit affine dominio, quale est emphyteuticum & superficiarium, quod Pragmatici utile dominium vocant; sive servitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur si emphyreuta emphyteusim, aut superficiarius superficiem oppignoraverint jure eorum sublato, puta quod alter in solutione canonis cessaverit, alter in solvendo, solutio evanescet & pignus, *l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus. l. etiam superficies 15. ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo casu tributum est, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, si fructuarius usumfructum pignori dedit (potest enim hoc facere, *l. 9. §. 1. tit. si is 1. §. 2. ff. de pign.*) finito usufructu & ad proprietatem reverso dicendum est jus pignoris simul expirasse. 2. Certo jure regula superior procedit, quando hæres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommisso conditionali est obnoxia, & conditio extiterit, *l. 3. §. fin autem 3. Comm. de legat. l. grege 13. §. 1. ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore constituto obtinet, puta servitute, usufructu *l. is cui 11. §. 1. ff. quemadmodum serv. am. l. si sub 16. ff. quib. mod. usf. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, solvit: hic enim & jus secundi creditoris merito placee extingui *l. debitor 40. §. ult. ff. de pign. act. l. 1. & l. 2. Cod. si pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem est initus, sed sub conditione resolutiva: ut si in terminis factæ venditionis sub lege commissoria, aut in diem addictione: itaque & hic si emptor medio tempore rem sibi traditam pignori obligaverit: & sua die pecuniam non solverit, aut alius intra diem præstitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque solvitur, *l. 3. inpr. ff. quib. mod. pign. solv. l. 4. §. 3. ff. de in diem addict.* Nam sicut conditio suspensiva existens retro ponit, quasi ab initio pure contractum esset, ita conditio resolutiva retro tollit, quasi ab initio nihil actum esset. Et quod norandum est, hoc casu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc potestatem lex dedit, ipso jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare potest a quocumque possessore, *l. 4. Cod. de pact. int. empt. & vend. l. ult. vers. quæsitum ff. de leg. commiss.* non utique tanquam rursus ei acquisitam, sed quasi nunquam emptoribus factam. At non procedit ista regula, quando res vendita & tradita est ex contractu nulla conditione resolutiva modificato; ut in casu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pignor. solv.* nempe si res distracta sit ea lege, ut si displicuisset emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore constitutum non finiri. Nam ista conditio minime resolutiva est, aut resolutivæ vim habet, ut ea existente ipso jure resolvatur, & annulletur contractus: sed firma manente ipso jure venditione, si emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præscriptis verbis *l. 6. ff. de resc. vend.* Multo minus ergo locus esse poterit superiori regulæ in casu quem proposuimus ubi pure &

ſine ulla conditione, qua exiſtente ut reſolvatur contractus, ad eum diſſolvendum agere liceat, venditio facta eſt, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, ſi rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum hic eſt venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propoſitum in *l. redhibere* 21. §. 1. *& l. bovem* 43. *pignus* 8. *de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam reſtitui, aut eo nomine ſibi ab emptore caveri: quorum neutrum ſi præſtet emptor, pretium præciſe ſupplere tenebitur, amiſſa eligendi facultate, ut bene diſputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. cap.* 13. Ex his porro facile colligi poteſt, quid dicendum ſit, ſi res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata ſit, & venditor poſtea oblato pretio præſcriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides ſervetur, & res ſibi reſtituatur ex *l. 2. Cod. de pact. inter. empt. & vend.* nimirum pignus non ſolvi, contra Neguſantium *d. p. 5. memb. 1. num.* 44. Idem dicendum eſt, ſi donatarius rem ſibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata ſit donatio: quamquam id negent Pinellus, *ubi ſupra n.* 19. & Ant. Fab. *de eriſ.* 23. *err.* 4. qui contendunt hoc caſu pignus ſolvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem reſtituere tenetur: quæ ratio, quam infirma ſit, ſuperiora ſatis oſtendunt. Faber, quia donatio reſolvitur ipſo jure: quæ quidem ratio bona eſſet, ſi eſſet vera. Sed magis eſt, ut falſa ſit. 2. Quia perſonalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur, *l. his ſolis 7. verſ. actionem vero matris C. de revoc. donat.* 2. Quia actio illa revocatoria non tranſit ad hæredem *l. 2. d. l. 7. l. ult. Cod. eod.* 3. Quia exigitur mutatio voluntatis, *d. l. 2. & d. l. ult. verſ. ex his* 4. *arg. l.* 11. *ff. de reg. jur. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* nec poteſt ullus dari textus, quo probetur ipſo jure hic donationem reſolvi. Nam quod in *d. l. 7. Cod. de revoc. donat.* dicitur, actionem qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita perſonalem eſſe, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi; non hoc ſignificat eam actionem in rem eſſe, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in perſonam dari poteſt, quæ actionis tantum in rem habeat effectum: ſed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam ſolummodo perſequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adverſus ingratos ad revocandam donationem datur, ſolis dari ipſis donatoribus; non etiam hæredibus eorum, quoniam ſcilicet effectum tantum habet vindicationis, id eſt vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc ſimilis ſit, quam conſtat hæredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, §. 1. *Inſtit. de perp. & temp. action.* Vindicare enim proprie eſt ulciſci, & vindicare injuriam ſibi factam in *l. 2. §. Item ſi 5. in fin. ff. de judic. l. deferre* 18. §. *ſed communem 7. ff. de jur. fiſc.* ſignificat exequi & crimen perſequi: adde Cujac. *lib. 4. obſervat. cap.* 19. Bachov. *lib. 5. de pignor. cap.* 13.

CAPUT VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſen triginta aut quadraginta annis?

CReditor, qui ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pignoratitia, *tit. ff. & Cod. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea quæ hipothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum, contra quemcumque pignoris poſſeſſorem §. *item Serviana 7. Inſtit. de act. l. pig.* 17. *ff. de pignorib.* At pignoratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti a Prætore datur, hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſivo hypothecariam, quæ alias Serviana aut quaſi Serviana, etiam pignoratitiam appellant, *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter* 13. *ff. de cond. indeb. l. rem alienam* 41. *ff. de pign. act. l. ſi Titio* 22. *ff. de pign.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pignoratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæritum eſt, an jus illud, quod debitor habet offerendi ſcilicet pecuniam & pignus luendi, præſcriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dial. tract. de præſcript.* Gail. 2. *obſerv.* 18. Mynſing. 1. *obſ.* 16. & DD. ſi fides Gallo, communiter. Affirmant *Gloſſ. in l. 13. ff. de uſuc.* Coſtalius *ad l. mulier* 29. *ff. qui pot. in pign.* Bachov. 5. *de pign. c.* 20. Neguſant. *p.* 6. *m.* 2. *n.* 19. quorum poſteriorum ſententia meo judicio probabilior eſt, eamque & communem eſſe ait Neguſantius. Negantium ſententia, ſeu affirmantium, poſſe pignus perpetuo luiſ etiam poſt triginta annos, defenditur hiſce fere rationibus. 1. Quia ſolvere debitum, vel non ſolvere, ſi creditor non urgeat, eſt meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla eſt præſcriptio, *l. 2. ff. de via publ.* & ſibi imputare debet creditor, ſi debitore ceſſante ſolvere, ipſe eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris proceſſerit, aut non reperto emptore jus dominii impetravit, juxta *l. 3. Cod. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præſcriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata eſt, *l. 7. §. 4. Cod. de præſcr. 30. annor. l. 1. §. ult. Cod. de annal. except.* At actio pignoratitia demum poſt ſolutionem aut oblationem & depoſitionem pecuniæ naſcitur, *l. ſi rem 9. §. 3. & ſeqq. de pign. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut ſolura eſt, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præſcriptio. 3. Quod cum poſſeſſio creditoris ad uſucapionem proſit debitori, *l. qui pignori* 36. *ff. de acq. poſſ. l. ſervi* 16. *ff. de uſuc.* abſurdum ſit dicere præſcriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obſtare, quominus cum creditore actione pignoratitia experiatur; ut diſputat Cujacius ad *l. pigneri* 13. *ff. de uſuc.* Atque hæc ſunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præſcriptione tolli. Cæterum quominus hic ſententiæ ſubſcribam, impediunt illæ conſtitutiones, quæ diſerte volunt omnem actionem & omne jus ſive privatum, ſive publicum, triginta, ad ſummum

qua-

quadraginta annorum ſpatio excludi *l.* 3. *l.* 4. *Cod. de præſcr. trig. annor.* *l.* 1. §. 2. *Cod. de annal. except.* Tale autem utique jus eſt etiam jus debiri offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adverſus debitorem & adverſus tertium extraneum poſſeſſorem pignoris, item jus primi creditoris adverſus ſecundum, atque ex contrario jus ſecundi adverſus primum longiſſimi temporis præſcriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum *l. notiſſimi 7. princ. & §. 2. & 3. de pr. 30. annor.* non video cur non etiam tanti temporis præſcriptione tolli poſſit jus luendi pignoris. Falſum enim eſt, quod pro vero ſupponitur a contrariæ ſententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris eſſe meræ facultatis eo ſignificatu, quo rerum meræ facultatis negatur eſſe præſcriptio. Deſcendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere poteſt: alioqui omnis actio & perſecutio res meræ facultatis dicenda eſſet. Sed illud meræ facultatis eſſe dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujuſque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale eſt facultas eundi per viam publicam, quæ faculcas nec ſolo non uſu amittitur, nec prohibitione aliena. Poſſum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec ſi aliquo eorum longiſſimo tempore uſus non ſim, jure meo excludor: non tamen eo ſenſu, quo dixi, illud jus meum res eſt meræ facultatis: nam ſi alter re mea uſus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præſcriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam alte, quam velit, nullo ſtatuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus illud altius tollendi amittit. Eſtne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam ſi te altius ædificantem prohibuero, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per ſpatium præſcriptioni ſtatutum, procedet contra te præſcriptio ſervitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur eſſe meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, *l.* 2. *ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia a pleriſque conjunguntur & tanquam paria habentur, quaſi idem omnium eſſet effectus: Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur, ſeu ipſum agendi & nudum intendendi factum mere facultatis eſt, eique nunquam præſcribi poteſt, ſed jus agendi cum effectu, ut obtineam quod peto, meræ facultatis non eſt, & præſcriptione tolli poteſt, quale eſt jus luendi pignoris debitori ex contractu quæſitum. Sic ſi res aliqua venierit cum pacto de revertendo ſine ulla temporis determinatione, puta ſi fas ſit venditori, quandocumque ſibi libuerit, redimere, non niſi intra triginta annos redimere poterit, quia actio perſonalis, quæ hac conventione naſcitur, *l.* 2. *Cod. de pact. inr. temp.* tanto tempore tollitur, *l.* 3. *Cod. de præſcr. 30. annor.* neque clauſulæ, *ſemper*, *quandoque* extendi debent ultra terminos jure publico præſcriptos actionum durationi. Nec verum eſt, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revendirionis petere poteſt, rem venditam ſibi reſtitui, ſit meræ facultatis: non enim in abſoluta facti poteſtate poſita eſt, ſed juris obligationis conſiſtit, eſtque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte Bronchorſtius, *centur.* 27. *aſſert.* 62. qui tamen non idem admittit in caſu, quem hic tractamus principaliter, *cent.* 4. *aſſert.* 4. quod mirum eſt. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipſa nititur falſa hypotheſi nempe actionem pignoratitiam tum demum naſci, cum pecunia debita aut oblata eſt: nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id eſt, ſtatim naſcitur atque re contracta eſt obligatio ſeu pignus creditori traditum, *l.* 1. §. *creditor 6. de obl. & act.* §. *ult. Inſtit. quib. mod. re cont. oblig.* Nec obſtat quod dicitur in *l.* 9. §. 3. *ff. de pign. act.* pecuniam exſolutam eſſe debere, ut naſcatur pignoratitia actio: nam id accipiendum eſt de effectu & actu ſecundo, quia ſolura demum pecunia efficaciter intentari poteſt: At reſpectu actus primi ſtatim, ut dixi, naſcitur, nec aliud eſt quam jus luendi pignoris. Sic etſi obligatio & actio empti naſcitus quod actum primum ſimulacque de pretio convenit, *Inſt. de empt. & vend. in præf.* & §. 3. niſi tamen emptor pretium offerat; cum effectu agere non poteſt, *l. Julianus* 13. §. *offerri*, §. *de action. empt.* An igitur non curret præſcriptio longiſſimi temporis adverſus actionem ex empto, niſi ex eo tempore, quo pretium oblatum eſt? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum eſt, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat, *l.* 7. §. 4. *Cod. de præſcr. 30. annor.* in ſpecie *l.* 1. §. *ult. Cod. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. cui ideo durante patria poteſtate præſcriptio non currit, quia nec agere ea durante poteſt, quod eſt impedimentum juris. At debitori nullum obſtat impedimentum juris, quominus agat, ſed facti duntaxat, puta quod non habeat pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii eſt, contrariam ſententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus, creditorem poſt triginta annos defendi jure aliquo acquiſitionis aut propter uſucapionem, ſed ſolo tempore ſeu communi exceptione temporis quo ex lege Theodoſii omnis actio finitur, atque ideo nec titulum nec bonam fidem requirimus; ſed ſicut in actionibus temporalibus anni vel biennii, veluti injuriarum & in hoc caſu poſt triginta annos: alias nec actio commodati aut depoſiti tanto tempore finiretur. Itaque fruſtra & Bronchorſtius, *centur. 4. aſſert. 4.* dum objicit, *l. nullo 24. Cod. de rei vind. l. unic. Cod. de uſuc. tranſform. l. 2. Cod. comm. uſuc.* quippe quibus locis agitur de uſucapione aut longi temporis præſcriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi; qui ſine juſto titulo & bona fide, veraque poſſeſſione non procedunt. At nos agimus de actionis perſonalis præſcriptione, quam ſola parit negligentia non petentis & lapſus temporis. Sic etſi pretio poſſidenti nec longiſſimo tempore acquiritur proprietas, *l.* 2. *Cod. de princ. 30. annor.* interdum tamen & actio perſonalis triginta aut quadraginta annis finitur, *l.* 3. *& l.* 4. *Cod. eod. tit.* Minus obſtant *l.* 10. *& l. ult. Cod. de pign. act.* immo magis obſtant contrariæ ſententiæ, quod etiam Cujacius fatetur; loquuntur enim Imperatores de actione pignoratitia jam nata & cum effectu competente, ſolutione ſcilicet jam facta, aut oblata conſignataque pecunia, eamque longo tempore rolli negant, cum tamen nemo ſit qui neget eam tolli tempore longiſſimo.

CA-

CAPUT VII.

An ἀντίχρησις sit species pignoris, & an aliqua sit antichresis tacita?

QUæstio hæc non est vulgaris, & digna quæ diligentissime excutiatur, propterea quod Interpretes nostri non intellexerunt, quid sit *ἀντίχρησις*, & falso sibi persuaserunt esse aliquam *ἀντίχρησιν*, taciram: quod primus observavit Claudius Salmasius *ὁ κάτω lib. de mod. usur. c.* 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam, quæ ab Interpretibus circa hanc rem tradita sunt, deinde quatenus a vero aberraverint, ostendam. Interpretibus omnibus antichresis est species pignoris, cum res ea conditione pignori datur, ut creditori debitor pecuniam solvat, *argum. l.* 11. §. 1. *ff. de pign. l. si pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* Alias si tale pactum non intercesserit, constat non licere creditori pignore uti, §. 6. *Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* nec fructus eum lucrari, sed in sortem eos imputare debere, ita ut sortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignorata fructuum percepit, tantum ei in solutione sortis decedat, atque detrahatur, *l.* 3. *l.* 12. *Cod. de pignor. action. l.* 1. *Cod. de distract. pign.* Atque hæc iis est antichresis expressa, quæ valeat, etsi perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat propter incertum fructuum eventum, *l. si ea lege*, 17. *Cod. de usur.* quamquam domum hoc casu creditor ipse inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum usuræ mercedis nomine accepit, in sortem imputare, *l. si ea*, 14. *Cod. eodem titul.* Est & interpretibus nostris tacita quædam antichresis, quando scilicet nihil de usuris, nihil etiam de fructibus usurarum vice percipiendis dictum est; sed pecunia gratuita, id est, sine ulla usurarum expressa mentione credita est, & res talis pignori data, quæ fructus ferat, quasi ipsa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud convenisse tacite intelligatur, ut fructus loco usurarum & compensationis cujusdam vice, retinere creditori liceat: si enim debitor eo animo noluisset tradere pignus, fructum ferat, protestari eum dubitasse ajunt, nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem *ἀντίχρησιν* non efficere, ut legitimus usurarum modus excedatur. Rationem hanc esse, quia cum creditor usuras stipulatus non sit, sed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignorata beneficii loco percipere concessit, contentus esse debet, cum sibi nulla conventione prospexit, & totum hoc, quantumcumque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, *l. cum debitor*, 8. *ff. in quib. caus. pign. tac.*

Sed non unus Interpretum hic error est, 1. quod crediderunt *ἀντίχρησιν* nihil aliud esse, quam contrarium usum, cum ea voce significetur contrarium mutuum: quippe *χρῆσις* Græcis non solum est usus, *ἀπὸ τῦ χρῆσθαι*, sed etiam mutuum, *ἀπὸ τῦ χρῆναι*, quod est a *χάω*, seu *κίχρημι*, commodo, do mutuo, utendum do, *δανείζω*, unde *χρήστης* creditor. Hinc ergo & *ἀντίχρησις* contrarium mutuum. Marcianus in *leg. si pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione profundo *ἀντιχρῆσθαι* accepit, uti & *χρῆσις* ipsum mutuum est Marcianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de pignor.* ita scribit: *Si ἀντίχρησις facta sit, &c.* Hic sane antichresis non potest accipi pro mutuo usu. Quid enim esset mutuum usum facere? At mutuum facit, qui mutuum dat; ergo antichresin facit, qui dat e contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut pensionibus creditor compensationem usurarum percipiat. Cæterum improprie *ἀντίχρησις* dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum usus in abusu consistit, locum habet, quamquam Latini etiam in his, quæ solo continentur, cum ad usum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur & auditorium extruit, & subsellia conducit*: ut & commodare pro mutuo dare, Cicero *Verrin.* 5. *Commodasti tritici modios sexaginta*. Caper vetustissimus Grammaticus *Commodat, χρῆσιν*.

2. Quod crediderunt in pura antichresi creditorem habere jus pignoris. Nam si jus pignoris creditor in antichresi sive contrario mutuo haberet, utique possessione *ἀντιχρήσεως* amissa, eam repetere posset actione hypothecaria. At in *l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* non hypothecaria, sed in factum actione isto casu agi solere scribit Jurisconsultus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere possessionem, donec ei pecunia solvatur; quod & Cujacio suboluit, *l.* 3. *obs. c.* 35. *in fin.* quamquam putat tentari posse hypothecaria quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, nisi Marciani in *l. si pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* ubi *τροπικῶς* Jurisconsultus *ἀντίχρησιν* appellat pignus *ἀντιχρησθὲν*, sive percipiat rei fructus in vice usurarum, donec fundum cum pacto *ἀντιχρήσεως* oppignoratum. Non obstat *l. Cajus Sejus*, 39. *ff. de pign. act.* nam in specie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichresis fuit, sed postea pactum intercessit, ut creditor pignus suum, hoc est, fundum debitoris, in compensationem pecuniæ ad certum tempus possideret vice *ἀντιχρήσεως*. Pura vero antichresis non est pactum in pignore, cum nec ipsa pignus sit, sed contrarium mutuum v. c. das mihi pecuniam mutuam sub conditione, ut accipias fundum in antichresin, cujus fructus percipias pro præstatione usurarum, quas a me legitimas stipulari potes. In hac *χρήσει* & *ἀντιχρήσει* nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Specimen veræ puteque *ἀντιχρήσεως* nobis exhibet *l. si ea stipulione*, 14. C. *de usur. & l.* 11. §. 1. *ff. de pign.* At in *l. si ea lege*, 17. C. *de usur.* ut verba ipsa ostendunt, non agitur de pura *ἀντιχρήσει* sed de pignore *ἀντιχρησθέντος*, sive cum pacto *ἀντιχρήσεως*.

3. Errant, quod putant esse aliquam tacitam antichresin. Nam nulla potest esse tacita antichresis, quæ quidem vera sit. Quemadmodum enim nulla *χρῆσις* est tacita, ita nec ulla vera *ἀντίχρησις*, sed oportet conventione id actum esse. Si aliqua tacita est antichresis secundum Doctores, ut creditor fructus ex re pignorata sine conventione expressa percipere & in usuras imputare queat, quonam casu proceder illud, quod tot locis simpliciter traditum est, creditorem fructus ex re sibi pignorata perceptos in sortem imputare debere, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *l. ultim. Cod. de pig. act. l.* 1. *C. de distr. pign.* an ex solo, quo protestatus est debitor se nolle pignoris sui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde absurdum, ne dicam ineptum est. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita super usuris facta intelligi potest; quoniam pignoris finis est, ut creditori cautum sit de sorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro usuris, & ita circumveniatur

tur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam putat accepiſſe, g aviſſimis uſuris ſubjiciatur, id eſt, centeſimis. Non adverſatur *lex* 11. *Cod. de uſur.* nam locus iſte intelligendus eſt de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum ſcilicet convenit, ut in vicem uſurarum creditor fructus perciperet: & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichreſin diſſolvi, & pignus ἀνεχόμενον, mutari in ſimplex. Fruſtra autem putant Doctores noſtri ſententiam ſuam de tacita antichreſi confirmari, *l.* 8. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Thema hujus legis eſt, Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum. Etſi de uſuris nihil convenit, poteſt tamen Titius, ſi nolit amplius gratuitam eſſe pecuniam, Sejus debitor interpellatus moram ſolutioni faciat, de fructibus rei pignoratæ uſuras ex tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam ſunt legitimæ uſuræ, fructus percipere non poteſt, ut in vera antichreſi, quia tale nihil convenit. Tantum id ſervare poteſt, quod ipſius intereſt pecunia ſua alium ſe invito non uti. In antichreſi non poteſt mutuum reperere creditor, quamdiu poſſeſſionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero eſt in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti ſolet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici poteſt. Nam de eo conventio expreſſe facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe niſi ex pignore tradito non potuiſſet creditor retinere fructus nomine uſurarum: Cæterum cum fructus prædiorum oppignoratorum nominatim pignori dari poſſint, *leg.* 1. §. 1. *ff. de pign.* cum pro uſuris pignora quoque accipi jus ſit, *l. gregr,* 13. §. *ultim. ff. eodem*, tacito velut pignore fructus rei pignoratæ poteſt creditor in compenſationem uſurarum retinere, etiamſi ex pacto non debeatur. Nec tamen poteſt ultra legitimas, quia vel hoc ipſum, *uſque ad legitimas*, in uſuris quæ pactæ non ſunt, ſi æquum viſum eſt, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora uſuræ debentur & peti poſſunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, ſi moram fecerit debitor, uſuras de quibus non convenit, creditor per retentionem ſervare poteſt ex fructibus rei oppignoratæ. Sic cum uſuræ exigi non poſſunt in ſtrictis judiciis niſi in ſtipulationem deductæ, poſſint tamen per retentionem pignoris ſervari. *leg.* 3. *l.* 4. *Cod. de uſur.* non diſſimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ poſſe uſuras, de quibus præſtandis nihil convenit, ſervari atque ad modum legitimum compenſari, licet exigi non poſſint, velle videtur Paulus in *dict. leg.* 8. *ff. in quibus cauſ. pignor. tac.* Illud diſſimile eſt, quod in *dict. l.* 4. *Cod. de uſur.* ſaltem pacto de uſuris convenerat: ſed tunc uſuræ per retentionem pignoris ſervari poſſunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomannus *lib.* 4. *obſerv. cap.* 4. contendit apud Paulum in *dict. leg.* 8. *ff. quibus in cauſ. pign. tac.* deeſſe negationem, & Juriſconſultum ita ſcripſiſſe, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur*. Quod & Salmaſius magis probat, quaſi Paulus, cum ſic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pignoratæ uſuras retinere creditor poſſit, quia ſcilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & uſuras pactas non ſolvebat. Quod ſi ponamus uſuras non eſſe pactas, aut pactas a debitore ſolvi, procedere debere diſpoſitionem *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *Cod. de pign. dict. l.* 1. *Cod. de diſtract. pign.* nec obſtare, quod ſupra aliquoties dictum eſt, antichreſim liberam eſſe legibus, quæ certum modum uſuris poſuerunt, *l.* 14. *l. ſi ea lege*, 17. *de uſur.* Illud enim verum quidem eſſe in pura veraque antichreſi, aut etiam in pignore ἀντιχρήσεως actum fuit, ut pro uſuris pecuniæ creditæ, fructus fundi in antichreſin traditi cederent lucro creditoris, ut in *dict. l.* 14. & *l.* 17. At hic quæſtionem eſſe de uſuris, quibus ſolvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compenſationem uſurarum percipiendis nihil dictum eſt. Cum igitur de fructibus fundi oppignorati circa pactum ἀντιχρήσεως debitore non ſolvente, uſuras retinere poſſe dicatur creditor, non poſſe eum excedere legitimas uſuras, quæ ſolæ ipſi debentur. Quod ſuperfuerit ex fructibus ſorti imputandum eſſe. Ita Salmaſius *lib. de mod. uſurar. cap.* 14. cui prope eſt ut aſſentiar.

CAPUT VIII.

An & quando evictioni ſit locus in hæreditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVincere eſt rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non ſolum rem emptori tradere teneatur, ſed etiam emptori præſtare, rem habere, tenere & uſucapere licere, *l.* 15. §. 2. *leg. ſervus*, 30. §. *ult. ff. de act. empt.* ideo ſi res evincatur, merito emptori evictionem præſtat: quæ præſtatio pars eſt obligationis empti & venditi, *lex in vendendo*, 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præſtatur, ut in permutatione & in ſolutum datione. De permutatione eſt textus in *l. ſi permutationes*, 29. *Cod. de evict.* Ratio eſt, quia permutatio emptioni fere eſt ſimilis, *l.* 5. *ff. de ver. permut.* Illa tamen differentia eſt, quod de re empta evicta datur actio ex empto, *dict. leg.* 6. *Cod. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præſcriptis verbis, *l.* 5. §. 1. *ff. de præſcr. verb.* Datio quoque in ſolutum venditioni comparatur, *l.* 4. *Cod. de evict. l. eleganter*, 24. *pr. ff. de pign. act. l.* 4. §. *auctoris*, 31. *de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in ſolutum evictionem præſtari, *dict. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in ſolutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari. *dict. l.* 24. *pr. de pign. act. dict. l.* 4. *C. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *obſerv.* 38. Sed & in judicio familiæ erciſcundæ, quoniam rerum hæreditariarum inter coheredes diviſio quaſi quædam venditio eſt, *l.* 1. *Cod. comm. utriuſque judic.* æquum viſum eſt eos inter ſe evictionis periculum præſtare, *l. heredes*, 25. §. *idem curare*, 21. *ff. fam. erciſc. l. ſi familiæ*, 14. *Cod. eod.* Et idem quoquo obtinet in judicio communi dividundo *dict. l.* 1. *C. comm. utriuſque judic.* Excipiuntur tamen nonnulli caſus, quos hic recenſere præter inſtitutum eſſet, *vid. l. eum pater*, 77. §. *evictis*, 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. & ibi Bartol. & DD. *C. comm. utriuſ. jud. dict. l.* 14. *C. fam. erciſc. l. ſi fundum*, 27. *C. de evict.*

Sed quid in hæreditate vendita? Multum intereſt, utrum certæ quædam res hæreditariæ veneant, an ipſa hæreditas. Priore caſu venditor tenetur ex empto, ut eas res ſuo ſumpto & periculo perſequatur, & vacuam earum poſſeſſionem emptori tradat, *arg. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr.*

l. 3. pr. ff. de act. empt. arg. l. 3. junct. auth. nunc si Cod. de litigios. item tenetur venditor, ut in singulis rebus hæreditariis venditis præstet evictionem; quia quot sunt res, tot sunt evictiones aut evectionum causæ, *l. 1. C. de evict.* Posteriore autem casu si hæreditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hæreditatem emptori tradere, nisi quam habet in sua potestate. Et rursus non tenetur in singulis rebus hæreditariis præstare auctoritatem seu evictionem. Ratio differentiæ est, quia hæreditas omen juris est, & qui hæreditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hæreditate continentur, sed jus successionis, quod est incorporale, atque hoc jus esse, id est, esse hæreditatem, & se hæredem esse, dolumque malum præstare teneatur, non etiam tradere corpora hæreditaria, nisi ea, quæ ad ipsum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad se pervenirent, ita cape textum in *l. qui infam. 14. §. 1. ff. de hæred. vel a. vend.* Cæteras autem res hæreditarias, quæ ad hæredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hæreditatis tradere, sed liberatur præstando & cedendo emptori earum rerum persecutiones, *l. 2. §. 3. ff. eod. tit.* Emptor autem eas suo sumpto & periculo persequitur, *l. 1. Cod. de evict.* Et rursus si evincantur emptori, quæ traditæ illi sunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur neque ab initio de evectione cavere sive repromittere cogitur, *dict. l. 1. C. de evict.* ubi excipitur nisi nominatim convenerit, ut evictio rerum singularum præstetur. Donellus post alios in *d. l. 1.* Ratio est, quia si res, quæ evicta est, non fuerit hæreditaria, nec venit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor, *l. 2. pr. ff. de hæred. vel act. vend.* Si autem fuit hæreditaria, & per injuriam judicis evicta est, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta est, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet, *l. si per imprudentiam, 51. pr. ff. de evict. l. 15. C. eod. l. exceptione, 67. ff. de fidejussor.*

Quod de hæreditate vendita dictum est, id etiam obtinet, si quodlibet aliud jus veneat, non corpus; veluti si veneat peculium servi, quod est nomen juris non corporis: item si veneat nomen debitoris, quod etiam juris est, ut syngrapha seu cautio. Etenim venditor duntaxat præstare debet, ut sit peculium, vel ut sit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid, vel feratur ex periculo aut nomine seu actione vendita, *l. 5. ff. de evict. l. 4. ff. de hæred. vend.* Et est textus optimus in *l. si plus, 74. §. ult. de evict.* Unde nec beneficium, *l. 2. C. rescind. vend.* locum habere in hæreditate vel actione vendita recte statuunt juris Interpretes. Una hic exceptio est, nisi nominatim convenerit, quid quantumve in hæreditate vel actione vendita contineatur, atque id se præstiturum, ut obtineri possit, emptori venditor promiserit, *l. 2. Cod. de evict. l. nisi, 15. de hæredit. vend. l. 5. l. si plus, C. 74. pr. ff. de evict.* Quod si hæreditatem vel actionem sibi non competentem vendidit, nullum dubium est, quin hoc casu evictionem præstare debeat, per jura allegata.

Quid vero in donatione? Donatio emptioni plane dissimilis est, cum sit ex causa lucrativa. Itaque si quis rem alienam donavit, eaque donatario evicta est, non tenetur donator de evictione, etiamsi id pacto comprehensum sit, sed opus est stipulatione, *l. 3. Cod. de evict.* quoniam odiosum est, donatorem ex sua liberalitate hanc molestiam pati, quamquam discrimen illud stipulationis & pacti moribus sublatum est. Etsi autem donator de evictione extra stipulationem non tenetur, tamen si sciens rem alienam donavit nescienti, tenetur actione de dolo ad id, quod interest, si donatarius sumptus fecerit in rem donatam, *l. Aristo, 18. §. ult. ff. de donat. l. ad res, 62. ff. de adil. edict.* bene Donellus ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione, quia legatum species quædam donationis est, hæres rei certæ legatæ, puta Stichi, evictionem non præstat, *l. cum pater, 77. §. evictis, 8. ff. de leg. 2. l. si a substituto, 44. §. 1. & 2. ff. de leg. 3.* nisi testator sciens rem alienam esse, eam legaverit ab hærede: quia ex conjectura voluntatis præsumitur testator hæredem onerare voluisse periculo evictionis, per *l. Stichо, 36. in fin. ff. de usufr. leg.* Quod si generaliter res legata sit, puta servus, hic placet etiam hæredem evictionem præstare, *l. hæres, 58. de evict. l. si domus, 71. §. 1. ff. de legat. 1.* Quod autem supra dixi donatorem non præstare evictionem, quoties stipulatio de evictione non intercessit, id simpliciter procedit & verum est, sive traditione, sive a promissione donatio incœperit. Nam si donator ultro sine pacto rem donans & tradens, ea evicta non tenetur. Ergo nec nunc tenebitur, cum ex pacto tradidit. Dedit quidem Justinianus ex hoc pacto actionem, ut res traderetur, non autem ut ea evicta præstaretur evictio, *l. 35. C. de donat.* Donell. *ad l. 2. Cod. de evict.* dissentit Caballin. *de evict. 3. n. 3.*

CAPUT IX.

An & quomodo fœnus differat ab usura?

VEteres usuram pro usu dixisse certum est, qua in significatione passim ea voce utitur Cicero, ne quis putet nimis Cascam. *lib. 1. Tuscul. Natura*, inquit, *dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ nulla præstituta die.* Idem *pro Rabir. & Verrin. 7. usuram lucis l. 3. epist.* ad Appium Pulchrum, *usuram temporis* dixit, pro usu. Plauto uxor usuraria, cujus usuram, id est usum corporis ad tempus aliquis cœpit. Idem in *Trinummo: Nec adeo hasce emi mihi, nec usuræ meæ*, id est, ad usum meum. Et hac significatione creditor ipse usuram dat, nullumque mutuum est sine usura, id est, sine usu. Usura vero, quam debitor pro usu pecuniæ solvit, longe aliam notionem habet. Vectura vocatur merces, quæ pro vectione datur, τόκος latura; quod pro onere ferendo accipiebat bajulus, φόρτος. Mercatura lucrum de merce, ut notat Nonius. Similiter & usura est merces, quæ pro usu pecuniæ datur. Et observare licet veteres auctores, usuram de usu in numero singulari potius usurpasse, usuras vero dicere maluisse numero pluralivo, quæ ob usum fœnebris pecuniæ debentur, qui τόκοι Græcis. Cicero *Verrin. 4. Quis enim hoc fecit unquam, ut cum Senatus publicanos usura sæpe juvisset, magistratus a publicanis pecuniam pro usuris audeat auferre?* Qui pecuniæ usura aliquem juvat, is est, qui pecuniam illi dat utendam. Usuras pro pecunia auferet, qui exigit mercedem pro usu pecuniæ. Usura igitur proprie loquentibus est χρῆσις, usuræ τόκοι. Hinc usuræ trientes, quincun-

unces, semisses, &c. Centesimas singulas dixit Cicero *in epistolis ad Atticum*, & binas centesimas *5. Verrin.* Ita bene & erudite D. Salmasius *lib. de usur. c. 4.* Cæterum usuræ aut usurarum appellatione non tantum significatur ea quantitas, quæ pro usu fœnoris pecuniæ solvitur, verum etiam ea, quæ ex alia causa, quam mutui, ex conventione aut mora debetur. Itaque sic recte definitur usura, pecunia, quæ pro usu sortis, aut alias ultra sortem præstanda est. Sors hic significat quantitatem principaliter debitam, usuræ sunt accessio sortis, & ideo sublata obligatione sortis & ipsæ deberi desinunt, *l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. acceptam, 19. C. eod. l. 4. C. de compens.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro, Gellius, Nonius, quasi fœtura quædam pecuniæ, ut Græci τόκον ἀπὸ τῆς τίκτειν dicunt. Doctissimus Salmasius loco supra citato dictum putat a Græco τείνειν, quod idem valet, quod τείνω, & probabilius est. Nam τείνω non tantum pœnam, sed etiam mercedem, pretium significat, sicut τίμη & pretium pro pœna ponitur. Terentius in Andria, *ego pretium eb stultitiam fero*, id est, pœnam. Perfidiæ pretium, id est ultio, apud Ovidium. Nec verum est, quod fœnus sit fœtus pecuniæ, aut idem quod Græcis, τόκος, ut mox clare demonstrabitur. Crediderunt Interpretes, atque inter eos etiam oculatissimi quique, usuram esse nomen generis, fœnus speciei; & omne quidem fœnus esse usuram, at non contra omnem usuram esse, fœnus. Fœnus ajunt significare eam usuram, quæ accipitur pro mutuo: unde passim fœneratores appellantur, qui pecuniam dant mutuam sub usuris. Quamvis enim in specie fœnus hoc appelletur, tamen usuram quoque appellari, quasi hic fœnoris & usuræ appellatio confundatur, *arg. l. 6. princ. & l. 7. ff. de naut. fœner.* ubi Paulus usuras maritimas appellat fœnus nauticum, arg. rubricæ quæ est de fœnore nautico. Eas autem usuras, quæ ex mora aut re ipsa debentur, numquam appellari fœnus, nec qui eas accipiunt aut petunt, fœneratores dici. Sed insignis hic Interpretum error est, quem detexit Salmasius *dict. loc.* Etenim fœnus non simpliciter significat usuram pecuniæ creditæ, sed pecuniam creditam sub usuris, æs alienum sub usuræ contractum δάνειον τοκωτόν. Usura est merces fœnoris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in usuras extendere ignotum, ideoque magis aversatur, quam si vetitum esset.* Idem *lib. 6. Annal. ut debitores duas partes fœnoris solverent dixit*, pro quo Svetonius in re narranda, *æris alieni duas partes*. Titulus ff. qui Tractat. de trajectitia pecunia, inscriptus est *de nautico fœnore* non *de nautica usura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου, non περὶ ναυτικῆς τόκου. Quare? quia in communi mutuo usuræ successive currunt, & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ista sorte, cum in trajectitia pecunia sorte simul solvenda cum usuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus simul solvebatur & semel, hoc est; sors ipsa cum usuris. Utique in *leg. C. de naut. fœner.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non potest accipi pro usura nautica. Id enim dedit creditor, qui usuram dedisse dici non potest: & quod initio appellatur fœnus nauticum, postea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus pecunia fœnerata sub usuris nauticis. Frivola autem illa collectio est, sub titulo de fœnore nautico fit mentio usurarum maritimarum, ergo usuræ maritimæ sunt idem, quod fœnus nauticum. Quare enim sub eo titulo non potsit fieri mentio earum usurarum, quas fœnus nauticum parit? Res est clara, si fœnerari est δανείζειν, fœnus est τὸ δάνειον & quidem τοκωτόν; nam gratuitum est ἄτοκον. Unde apparet verum esse quod modo dicebamus: fœnus non esse fœturam pecuniæ, sed usuras esse fœnus & partus fœnoris, τὸν τόκον δάνειον. Ac neque in hisce locutionibus, *fœnore dare, fœnere pecuniam occupare*, fœnus pro usura accipitur: sed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam usuræ dare, aut usuris eam occupare: non enim est occupata usuris, sed credito, ut usuras pariat: recte autem dicimus, credere pecuniam sub usuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic sumere pecuniam fœnore dicimus δανείζεσθαι παρὰ τινός non sumere usuras. Sic locare pecuniam fœnore dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id est, usuram recipiat: Usura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnore pecuniam habet, aut nummos in fœnore positos, qui eos habet in rebus creditis, neque enim in usuris tantum habere pecuniam existimandus est, sed etiam in sorte ipsa. Valerius Maximus *lib. memorab. 8.* de Considio quodam, *Cum centies atque quinquagies sestertii summam in fœnore haberet, neque de sorte quemquam debitorum suorum, neque de usura a suis appellari passus est.* Ergo fœnus & sortem & usuras comprehendit. Veteres dicunt: usuræ trientes, fœnus trientarium. Usuræ trientes sunt, quæ trientem centesimarum dant: fœnus trientarium, quod usuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod usuras uncias exigit. Tacitus *lib. 5. annal. Duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Denique fœnus exercere dicimus; usuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat: non exercemus fructus. Plura si quis desideret, adeat Salmasium *lib. de usuris cap. 2.* planc non negamus interdum fœnus pro usura poni; sed cum id fit, tropica est locutio; quia nunquam fœnus est sine usura.

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris neceat fidejussori?

OMnes debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu sine culpa eorum & ante motam ab iis commissam contingente sæpe responsum est, *l. 5. ff. de reb. l. si ex legati, 23. ff. de verber. obligat. l. pennlt. ff. de solut.* Ex contrario veterum regula est, moram perpetuare obligationem, licet casu fortuito res extincta sit: quod hanc habet sententiam, si res debita postea prierit, quam per debitorem stetisset, quominus eam daret, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *d. l. neme, 23. l. 82. §. 1. l. si servum, 91. §. 3. & seqq. ff. de verb. oblig.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recensentur, 1. quod adhuc res ipsa peti possit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejussor ejus obligationis possit accipi. 4. quod possit novari, id est, in aliam obligationem transferri. Fidejussoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l. 91. §. 4. in fin.* responsum est, & alibi ab eodem Jureconsulto, cum reus moram facit, & fidejussorem teneri, *l. si quis solutioni, 24. §. 1. ff. de usur.* Sed quid verbis illis intelligit Jurisconsultus? an quemaddum ex mora ipsius rei obligatio sic augetur, ut usu-

ras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejussoris propter moram rei, ut & ille quoque ad usuras jam teneatur? Nequaquam: sed hæc Jurisconsulti sententia est, sicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res debita casu perierit, dummodo post moram obligatio in persona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æstimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in persona fidejussoris, *l. si a colono*, 58. §. 1. *ff. de fidejuss.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejussori, *l. mora rei*, 88. *ff. de verb. obl.* quod & in cæteris accessionibus obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus est contractu filii *l. cum filiusf.* 48. *pr. d. l. si servum*, 91. §. 4. *& 5. ff. de verb. obl.* Quod si quis hujus juris rationem quærat, cur scilicet post moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in persona fidejussoris, inveniet illam apud Paulum in *dict. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in totam causam spopondit, id est, in omnia, quæ principaliter in obligationem deducta sunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejussoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an sicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis usurarum quoque nomine tenetur, *l. mora*, 32. §. 2. *ff. de usur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejussor? Sed hoc omnino negandum est, propter rationes subjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejussoris, ut diserte responsum est in *leg. centum Capuæ*, 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuss.* Atqui si fidejussor ex mora rei usuras præstare teneretur, augeretur utique fidejussoris obligatio propter moram contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejussorem ad usuras, teneretur fidejussor etiam ad usuras præstandas, quamvis ad eas se non obligavisset. Atqui non tenetur fidejussor ad usuras, nisi ad eas quoque se obligaverit, *l. si mandator*, 8. *C. quod cum eo qui in al. potest.* ibi. *Si te his omnibus obligasti*. Igitur ex contrario, si te his omnibus non obligasti, non teneris. 3. Arg. *l. fidejussores* §. 1. *ff. de fidejuss.* ubi negat Jurisconsultus, fidejussores qui in sortem se obligaverant, in usuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non potest, qui omnino pro alio se non obligavit, *l. nec intentio*, 23. *C. de transact. l. pen. C. ne ux. pro mar. leg.* 1. *Cod. de fil. pro patr.* ita nec is pro alio se obligavit, ultra quam in quantum se obligavit, conveniri potest: quia hactenus verum est, eum obligatum non esse: siquidem partis eadem ratio est, quæ totius, *l. quæ de tota*, 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejussorem in usuras non teneri ex mora rei, nisi in eas quoque se obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejussor censeatur etiam ad usuras se obligasse? Et quidem si ad certam summam duntaxat se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. fidejussores*, 68. §. 1. *ff. de fidejuss.* Quid igitur? Tunc in usuras quoque tenetur fidejussor, cum vel expresse in has quoque se obligavit, vel se obligavit in omnem causam, *l. quære*, 54. *pr. ff. locat. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend. l.* 2. §. *pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem causam se obligasse intelligitur, qui hoc modo fidejussit, *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit l. tantum fide tua esse jubes?* vel ita, *indemnem me præstabis? d. l. quære.* Quamquam non semper ad hoc, ut fidejussor in totam causam obligatus intelligatur necesse est, ut hujusce modi verba diserte exprimantur, de quo plura paulo post. Quod si stipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem causam, sed in præsentem duntaxat obligationem spopondisse fidejussor intelligitur. At si addat creditor, *oportebitve*, in omnem causam fidejussio facta censetur, *l. si stipulatus*, 76. §. 1. *l. si a colono*, 89. *ff. de verb. oblig.* Igitur cum moræ duplex sit effectus, unus ut in bonæ fidei contractibus usuræ & fructus præstentur: alter ut in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei judiciis, species debita post moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejussori, nisi in omnem causam fidejusserit, non nocet, posterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot, qui huic sententiæ obstare videntur. Ex his unus est ille Pauli in *leg. si servum*, 91. §. *nunc videamus*, 4. *in fin. ff. de verbor. oblig.* ubi Jurisconsultus agens de fidejussore in rem certam accepto, ait eum in totam causam spopondisse. Respondeo, vocabulum causæ non uno modo semper accipitur: sed aliquando refertur ad rem ipsam, quæ in obligationem deducta est, & condemnationem quæ circa ipsam versatur, ut in *dict. l. si servum* §. 4. Aliquando significat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur ut in *d. l. quæro*, *ff. locat. l. præterea*, 20. *ff. de rei vind. l. videndum*, 38. §. *si actionem*, 7. *ff. de usur.* Itaque pro re subjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. si servum* §. 4. non quæritur de usuris aut accessionibus rei in obligationem deductæ; sed de re ipsa & condemnatione re post moram perempta faciendæ, nempe an interitu rei, qui post moram accidit debitoris, liberetur fidejussor, nec ne, ut apparet ex ipso textu & §. præcedente. Adde quod de usuris quæri non potest, nisi pecunia debeatur, nec de rei interitu, nisi certa debeatur species: cum nec quantitas debita perire possit, *l. incendium*, 22. *C. si cert. pet.* nec usurarum quæstio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere responsio est ad *l. si quis*, 56. §. 2. *ff. de fidejuss.* ibi *in omnem enim causam acceptus videtur*. Ecce enim non dicit Jurisconsultus, fidejussorem in omnem causam obligatum esse simpliciter, sed addit, quæ ex numeratione nasci potest. Unde apparet hoc referendum esse ad principalem obligationem, non ad accessiones ejus ut hic sensus, fidejussorem se obligasse videri in casum tam consumptorum nummorum, quam extantium, id est, & acceptionis, si pecunia fuerit dantis, & consumptionis, si aliena. Magis adversari videtur *l. amissi*, 52. §. 2. *ff. de fidejuss.* ubi Papinianus ait, fidejussores à colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id est, ob æstimationem instrumentorum, quæ prædiis sic attribuuntur, ut dos nuptiis *l. . §. ult. l. Seja*, 20. §. 1. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Respondeo, Papinianum non loqui de fidejussore, qui in certam summam pro mercede locationis a colono præstandam intervenerit, sed de eo, qui a colono datus est in causam conductionis, vel in conductionem simpliciter: qui perinde tenetur, ac si promisisset locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, & consequenter in usuras quoque & alias accessiones se obligasse, necesse est in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut similia exprimere: *Indemnem me præstabis*; aut *in quam-*

tum illum condemnare ex bona fide oportebit, &c. sed sufficit simpliciter, verbi gratia, in causam conducti aut empti fidem suam adstrinxisse citra mentionem certæ quantitatis, *arg. l. 2. §. pen. ff. de adm. ver. ad civ. pert. l. 5. C. de fall. inf. empt. & vend.* nec mutat, *in causam* dicat, indefinite, an *in causam omnem* sive *universam*; cum propositio indefinita secundum regulas logicorum æquipolleat universali. Non obstat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, si tutor moram fecit, etiam fidejussores ejus nomine usurarum medii temporis teneri, *l. si postea, 10. ff. rem pup. salv. for. l. 3. ff. de fidejuss. tut.* Nam stipulatio rem pupilli salvam fore in omnem causam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit, *l. cum pup. 9. l. cum rem, 11. ff. rem pup. salv. for.* Nonnihil autem negotii facit species *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno e duobus hæredibus, cum ab utroque legatum esset, satis legatorum nomine accepissent, & postea deficiente cohærede portio ejus accrevisset promissori, ait Jurisconsultus in torum fidejussores teneri, sicut & in solidum debere cœpit: & si aucta ex post facto obligatione promissoris principalis augetur & accessoria fidejussorum. Respondeo: quod jure accrescendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis: quia ea est conditio cohæredum, ut qui ex iis hæreditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat, *l. unic. §. his ita C. de caduc. toll.* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam causam. Unus adhuc scrupulus evellendus est, quem nobis injicit Ulpianus in *l. 7. §. bellissime, 13. ff. de leg. nom. cav.* ait bellissime quæri, an stipulatio seu satisdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel usuris sentiat: & respondet recte placuisse ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit comprehendat. Sed animadvertendum est, hanc stipulationem esse Prætoriam, ac proinde de mente Prætoris legem accipere secundum *leg. in conventionalibus, 52. pr. de verbor. obligatin.* & hoc significat Ulpianus his verbis *ut id quod oportebit comprehendat*, nempe etiam si verbum futuri temporis *oportebit* expressum non sit, sed præsentis duntaxat *oportet*, licet secus sit in stipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non subintelligitur, sed exprimi debet, ut omnis causa comprehendatur, *l. si stipulatus, 76. §. 1. l. si a colono, 89. ff. de verb. oblig.* D. Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disp. 23. thes. 5. lit. D. & E.* respondet stipulationem legatorum cautionalem esse & inducere naturam obligationis ex testamento; quæ ratione fructuum & usurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur *l. usuræ, 34. ff. de usur.* Sed melior est prior responsio, quia posteriori perspicue obstat *d. l. si a colono.* Est autem nostra de tota hac quæstione sententia communi DD. consensu probata in *l. centum Capuæ, 8. ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejussores, 68. §. 1. ff. de fidejuss.* quamquam singula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque respondet Bronchorstius *cent. 4. assert. 54.* rectene, an secus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam si res, de qua agitur, id flagiter, moris mei non est aliena carpere.

CAPUT XI.

An solæ quæstionis facti sint objectum probationis?

IN probatione consistit potissimum momentum ad obtinendum jus nostrum, quippe quasi quis destituatur, audiet illud Pauli in *l. duo sunt Titii, 30. ff. de test. tut.* non jus, sed probatio deficit. Inanis enim est actio, nisi indubitatæ probationis fide apud judicem comperendum liqueat, verum esse quod in judicium deducit. Omnis autem probatio nostra aut tabulis constat, aut testibus, *c. fori extr. de verb. sign.* sed ea aut directa est, cum scilicet id quod probare volumus, ipsis testimoniis aut instrumentis continetur, aut obliqua, cum id, quod intendimus, ex tabulis aut testimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἀπ' εὐθείας, hæc ἐκ περιτροπῆς dici potest. Atque ex hoc vel solo intelligi potest, quid ad quæstionem propositam respondendum sit, nimirum non juris, sed facti quæstiones esse objectum sive materiam, circa quam versatur probatio; siquidem jus probari instrumentis aut testibus non potest, sed sola facta. Immo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum est, *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, sed allegari sufficit, *c. evidenter ext. de accus.* Mynsing. *6. obs. 3.* Plane non negamus dubiam interdum esse legum sententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, sed hoc ipsis incumbit Judicibus, quippe quorum officium est, ut ubi de facto constat, ipsi etiam non admoniti de jure dispiciat, *pr. Inst. de offic. jud.* Sed & pedanei Judices de facto, tantum, non de jure cognoscebant. Quod si de jure incidisset dubitatio, Prætorem aut Præsides, a quibus dati erant, consulere, non litigantium allegata sequi debebant, *l. eum quem, 79. §. 1. ff. de judic.* Totum quidem illud in Judicis potestate est, ut statuat utrum satis sibi probatum sit id, de quo quæritur an non *l. 3. §. 2. ff. de testib.* at hoc non ad juris, sed ad facti quæstionem duntaxat pertinet; solæ enim facti quæstiones in potestate sunt Judicis, non juris, *l. 1. §. 4. in fin. ad SC. Turpill. l. ordine, 15. in fin. pr. ff. ad municip.* Immo usque adeo non renentur litigatores Judici probare, quid juris sit ut contra Judex, si quid a litigatoribus eorumve Advocatis minus fuerit dictum, id supplere & proferre debeat quod sciat legibus & juri publico convenire, *l. un. C. ut quæ def. adv. jud. suppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris sunt, non ad ea quæ sunt facti, ut & in ipso textu aperte dicitur. Hinc illud quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynsing. *Venite ad factum, Curia novit jus.* Non obstat locus Pauli in *l. 5. pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adversarium suum aliquo jure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipso, sed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere, quod jure communi omnibus concessum est: veluti si quis dicat aliquem jure prohibitum esse advocatione, probare debet eum præstitisse illicita compendia suæ existimationi: non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris est, *l. 5. C. de postul.* Similiter, accusor a Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum esse accusare, propter causam aliquam, de quibus in *l. 8. ff. de accus.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum est & notum, sed factum ipsum, puta turpem quæstum, infamiam, &c. adver-

Digitized by Google

adversarii. Omnes possunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatusconsulto Macedoniano. Itaque si quis a creditore conventus dicat se non potuisse mutuum accipere propter Senatusconsultum Macedonianum, is non debet probare Senatusconsulto cautum esse, ne cui, qui filiosam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, sed se esse filiumfam. Ipse autem Judex statuet, quid juris ei tamquam filiosam. ex Senatusconsulto comperat. In summa cum de jure partis controversia est, in quæstionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter Advocatos esse controversum, dum ille hoc, alter istud ait esse juris certi: sed quod sit certi & explorati juris, Judex non ex probatione Advocatorum, sed ex tabulis publicis & corpore juris discere debet, *pr. Instit. de offic. judic. l. unic. C. ut quæ desc. adv. part.* in quam rem & Aristoteles 1. *Rhet.* 1. Φάσκων, inquit, ὁ ὄφλων, αὐτὸν ὀφλεῖν δικαίως δεῖ γενέσθαι, ἢ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀντιδικούντων. Quod si quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque Judices in judicando sequuntur, hic etiam facti quæstionis speciem res induit, haud secus quam consuetudo facti esse dicitur, & probanda est, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in statu juridiciali probatione utuntur: sed palam est eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, sive id in jure consistat, sive in facto. At nos probarionem accipimus, quasi ad statum conjecturalem duntaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus, cum quæritur, quid probari debeat; an omne id, de quo disputatur, sive facti sit quæstio, sive juris, is cui incumbit probatio, Judici probare teneatur; & nisi probet, sententia contra eum sit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere; non etiam juris, probatoque facto ipsum Judicem dispicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum est, *pr. Inst. de offic. jud.* Quod si probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus quod dicitur, etiam ubi de jure disputatur, probatione utimur, id est, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in statu judiciali multa afferri solere, ut probetur aliquid jure factum esse, aut secus? Cæterum ad victoriam causæ id necessarium non est, cum ipse Judex ubi de facto constat, etiam non admonitus de jure dispicere debeat, ut jam aliquoties dictum est. Enimvero hæc ita obtinent & vera sunt, cum de jure scripto quæritur. Aliquid autem dicendum est, cum agitur de jure non scripto sive consuetudine. Nam qui consuetudinem allegat, eam probare solet, aut rebus judicatis secundum *leg. cum de consuetudine*, 34. *ff. de legib.* aut per turbam sive testes conglobatos, ut hodie fit in Curiis de quo pulchre Anton. Fab. *Cod. suo forens. de testib.* 3. & 14. Nempe cum consuetudo sensim tacito utentium consensu introducatur, necesse est consultus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo est, probari quoque debet. Plane si certa sit consuetudo & notoria, juxta eam judicandum est, quamvis ne allegetur quidem, Gail. 2. *obs.* 31. Mynsing. 6. *obs.* 41. & *seq.* Diod. Tuldeti. *in Cod. quæ sit long. consuet.* VVesemb. *par. ff. de probat. num.* 7.

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, nulla sit per rerum naturam probatio?

QUod passim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum, etsi nihil ipse præstet, absolvi, *l. quoties*, 18. *l. verius*, 21. *l. ante omnia ff. de probat. l.* 8. *l. actor*, 23. *C. eod. l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum est, quando reus id, quod actor asseverat, simpliciter inficiatur, & ita capiendi sunt isti textus. Cæterum cum reus ad defensionem suam depulsione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipsi reo incumbit, actori contrarii probatione non oneratur: veluti si reus dicat se solvisse, sibi accepto latum esse, dolo malo se inductum, pactum esse ne actor peteret, &c. *l.* 1. *C. de probat. l. quoties*, 18. §. 1. & *l. seq. pr. ff. eod. l.* 1. *ff. de except.* In summa is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, sive actor sit, sive reus, *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio est, quia factum negantis quatenus negat per rerum naturam, nulla est probatio, *leg. actor*, 23. *Cod. eod. tit. l. asseverasio*, 10. *Cod. de non numer. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant: sed quominus probari possit obstat rerum natura, id est, vis ac potestas rebus a naturæ auctore, id est, a Deo indita, quæ est immutabilis. Finge viginti vel centum testes dicere se non vidisse mihi numerari pecuniam; non tamen hoc probatum est: potest enim nihilominus verum esse me pecuniam accepisse. Hinc vulgo Doctores ajunt: pluris esse unum testem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum est de instrumentis, quæ nihil exhibent nisi puram negationem super eo negotio, de quo lis est. Cæterum hæc ita se habent in mera & simplici facti non limitati negatione. Quod si factum, quod negatur, sit loco & tempore circumscriptum, aliud est, & talis negatio probari poterit: veluti si negem Lugduni mihi numeratum esse Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumscripta est: & implebitur ejus probatio, si probem me eo die Lutetiæ fuisse, *lex optima*, 14. *Cod. de contrab. & committend. stipulation.* §. *item verborum*, 11. *Instit. de inutil. stipul.* & utrobique Glossa & DD. nec dissimilis est species *l.* 2. *Cod. de err. adv.* ubi negatio restricta est ad certam scripturam, unde error libellionis probari potest. Et tamen ne hic quidem, si rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, sed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id, quod nego, per consequentiam necessariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum est factum negantis; quatenus solum negat, naturali ratione nullam esse probationem. Quod si prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per consequentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, casu contingit, sed & pluribus aliis. Finge hæredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti sufficere ad legata integra salva Falcidia exsolvenda, in hac quæstione disserte responsum est hæredi probationem incumbere, *l. cum de lege*, 17. *de probat.* At quomodo hæres hic probabit, quod negat? Non potest directo, sed potest per consequentiam, ostendendo

ostensa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Potest autem hæres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, si negem aliquem hæredem aut dominum esse, potero id probare, sed ita demum, si ostendam hæreditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotiescumque negationis dari potest concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem, atque ut planius loquar, vi & effectu affirmatio quædam est, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, si filius neget se in potestate patris esse, vi ipse affirmat, se esse sui juris, & hoc probare potest; nempe si doceat se a proavo, aut avo paterno esse emancipatum, quæ probatio propterea etiam a filio exigitur, *l. si filius* 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio quam Interpretes appellant negativam juris, & qualitatis: exempli gratia, si negem Titium testamentum facere potuisse, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & possum, si ostendam esse filiumfamilias. Si negem posse esse Procuratorem, id probabo, si militem esse ostendero. Si negem testatorem mentis compotem fuisse, quæ Doctoribus qualitatis negatio est, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio, si doceam furiosum fuisse, *l. 5. C. de Codicill.* Item si negem emancipationem rite factam esse, id probare debeo, *l. 7. §. 2. ff. de probationibus.* Si simpliciter negarem factam esse, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne posset quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit: Sed cum nego, emancipationem recte factam esse, hæc est negativa qualitatis, eamque probare possum & debeo, quia pro actu legitimo & coram magistratu celebrato præsumptio est, omnia debito modo peracta esse, *argum. l. 4. Cod. de jur. & facti ign. l. 2. Cod. si adverf. rem judic.* Huc etiam pertinet species, *l. non nudis* 14. *Cod. de probat.* nam qui negat Titium esse filium suum, id probare potest ostendendo esse alienum. Hæ autem negationes non sunt negationes juris constituti, quod probatione non indigere superiore quæstione ostendimus; sed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adversa sibi competere asserit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l. 5. princ. ff. de probat.* quod est facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæstionem facti incidit, ut superiore quoque capite demonstratum est. Deinde nec re ipsa sunt negationes, sed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam esse, vi ipsa alt emancipationem esse vitiosam, & jure prohibitam. Qui negat te idoneum esse Procuratorem, affirmat te jure prohiberi Procuratorem esse. Qui negat testatorem sanæ mentis fuisse, asseverat eum dementem fuisse aut furiosum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis neget, sed quia re infirmat. Et in universum hoc tenendum est, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, sed ex intentione actoris æstimandam esse: ut si neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamsi utatur verbis affirmativis, veluti si actor intendat se dominum esse, possessor contra se dominum esse dicat, cujusmodi species proponitur, §. 1. *Institut. de action.* his verbis possessor affirmat se dominum esse, re negat actorem esse dominum, quia ejusdem rei duo in solidum domini esse non possunt. Quod si reus non simpliciter neget intentionem actoris, sed adversus ejus intentionem prius aliquid afferat ad sui defensionem, quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur; ut in supra scriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonstrari potest exemplo actionis confessoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis se habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etsi oratio affirmativa est: quia reipsa negat se servitutem vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quominus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet: quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *l. 5. §. competit autem 7. ff. si serv. vind. DD. comm. ad §. 2. Institut. de action.* Donell. in *leg. 23. Codice de probat.* Duar. *capit. 12. prior. comment. ad tit. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fusis & intricatis aliorum de probatione negativæ disputationibus.

CAPUT XIII.

An & quo jure licitum sit leviri aut gnatæ filiam neptem vel uxorem ducere?

NOn solum propter cognationem seu sanguinis conjunctionem a quarundam nuptiis abstinendum est, sed etiam affinitatis, quæ est cognationis quoddam simulacrum, ea vis est, ut quosvis affines quibusvis matrimonio jungi naturæ honestas non patiatur. Et omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco sunt, ut socer & nurus, vitricus & privigna, & porro cæteri in recta sive perpendiculari affinium linea, §. 6. & 7. *Institut. de nupt. l. adoptivus* 14. §. *ult. ff. eod. l. nemini* 17. *Cod. eod. Levit. cap.* 18. *vers.* 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem esse evincit locus Apostoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale stuprum (πόρνεια τοιαύτη) ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Transversa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuisse, idque variis exemplis doceri potest. Apud Marcum Tullium *lib. 1. de divinatione*, & Valerium Maximum *lib. 1. cap. 5.* legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxisse: quod tamen neutet eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis Dom. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines transversi limitis in universum, puta si frater viduam fratris vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut fororis, vel contra filius fratris aut fororis uxorem patrui aut avunculi ducere voluissent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius a conjugibus pro extinctis habita fuisse; utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum Illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi crediderunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione soluta nuptiæ non impedlebantur, nisi

ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſtitiſſe certum ſit, §. 2. *Inſtitut. de nupt.* Cæterum inſignis hic veterum Romanorum error eſt; & ingens profecto eſt diſcrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt: affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *cap.* 1. *cauſ.* 36. *quæſt.* 1. Atque hoc etiam poſteriores honeſtate propius inſpecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & gloream, ſororium & fratriam, id eſt, ut neque frater uxorem defuncti fratris deducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poſſit, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, *l.* 5. *l. penult. & l. ult. Cod. de incæſt. nupt.* Quod & alii populi honeſtatis & verecundiæ paulo obſervantiores ſecuti ſunt, ut Alemanni *legib. Aleman. tit.* 40. §. 1. Bojoarii *l. Bojoar. tit.* 8. Franchi *leg. Franch. lib.* 5. *tit.* 4. convenienter ſcilicet legi divinæ *cap.* 18. *Levit. v.* 16. quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio ex ratione, quam affert Moſes, quia, inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinitate tu illi frater illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem eſſe arguunt loci novi fœderis *c.* 14. Matth. *v.* 4. *c.* 6. Marc. 18. *c.* 3. Luc. 19. Lex vero de fratria uno caſu ducenda, ſcilicet cum frater ſine liberis deceſſiſſet *c.* 25. *Deuter. v.* 4. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & primogenita Chriſti numquam intermoritura ſignificaretur, Auguſtinus *quæſt.* 62. *in Leviticum*. Eſt igitur exceptio legis & diſpenſatio præcepti in *diſt. cap.* 18. *Levit. verſ.* 16. in linea tranſverſa affinitatis inæquali nullum in libris Juris Cæſarei extat interdictum: ſed nec ullus reperitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittantur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in tranſverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferiores liberorum locum obtinent, *l. nuptiæ* 53. *ff. de rit. nupt.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari, nefas eſſe, qui affinitatis cauſa parentum & liberorum loco habentur, *l.* 4. *ff. hoc titulo & l.* 7. *ff. de grad. & affinit.* Pontifices Romani longius progreſſi ſunt, & ſicut in conſanguinitate vetuerunt conjungi non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter ſe civili computatione diſtent, ita etiam in affinitate ad eumdem uſque gradum prohibuerunt conjungi affines, *cap. non debet*, & ibi Canoniſt. *de conſanguinit. & affinit.* Itaque ſecundum decreta Pontificum non potero ducere filiam aut neptem ſobrini uxoris meæ (*mijns huysvrouwen achter ſuſterlings dochter eſt dochter dochter*) ſine diſpenſatione. (a) Sed decreta ut plurimum fabricata ſunt Sedis Romanæ crebris diſpenſationibus ditandæ gratia potius quam ad normam honeſtatis & pudoris naturalis directa. Præterea.

Lex divina per Moſen data fere per omnia convenit cum jure Cæſareo Romanorum. In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Moſen *d. cap.* 19. *v.* 14. *& cap.* 20. *v.* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia eſt amita tua. Cui omnino conſequens eſt. 1. Nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, quia illius matertera. 2. Nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſororis uxoris ſuæ, quia & illi hujus *θείοι*. 3. Nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis, quoniam & illæ hujus *θεῖαι* de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt, *art.* 11. *ord. polit.* Cæterum an æque ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut de quo hic quæſtio eſt, cum fratris aut ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim verecundum eſt, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive cum duabus conſanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia eſt amita aut matertera tua, quia eſt patruus avunculus tuus; *συγγενὴς γὰρ σοι ἐστὶν*, ut vertunt Septuaginta? Non aliam utique rationem interdicti affert Moſes. Ei vero ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nuptiæ etiam in quibuſdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes jam non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in conſanguinitate; & propoſitionem illam Moſis *Levit.* 18. *v.* 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & ad eum uſque gradum vim ſuam exercere, ad quem uſque extenditur prohibitio inter ſanguine junctos, quæ & reformatæ Eccleſiæ Doctorum ſententia eſt, ut videre eſt apud Bez. *tract. de repud. & divort.* Zanch. *lib.* 4. *de operib. Dei cap.* 1. *theſ.* 5. *in fin.* Beuſt. *de matrim. cap.* 31. *poſt princ.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ord. pol. art.* 8. & paſſim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Joannes a Sande *lib.* 2. *deciſ. Friſic. tit.* 1. *defin.* 8. dum aſſerit Zanchium & Bezam putare jure divino permiſſam eſſe conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim conſtanter contrarium docere comperturus eſt, quiſquis locos citatos inſpicere non gravabitur. Et quid? Bezane & Zanchius contra expreſſa verba Moſis, *Turpitudinem patrui non revelabis*, &c. pronuntiarent lege divina permiſſum eſſe matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum eſſe leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex profeſſo

(a) *Dicta contumelioſe in jus Canonicum reſpuis: Canonum decreta ſancta habeto.*

ſeſſo agitur? Atque ita ex facto conſultus non ita pridem cum Clariſſimo Viro Dom. Nicolao Dedelio, Collega meo piæ memoriæ reſpondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia conceſſa & permiſſa intelligantur, quæ non expreſſe & ſpecialiter ſunt prohibita *l. nec non 28. §. 2. ff. quib. ex cauſ. major.* Negabam hoc a Juriſconſulto dici, ſed hoc tantum, ſi leges non prohibeant; ſimpliciter ſcilicet, non autem ſi expreſſe non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extenſiva interpretatio fundata in ſententia & ratione legislatoris tolleretur; quod abſurdum, immo inauditum eſt, & praxi omnis ævi contrarium. Apud Moyſen non prohibemur ſpecialiter ducere aviam neque proneptem, neque amitam aut materteram magnam, neque uxorem avunculi, imino nec ipſam filiam noſtram. An igitur dicemus inter omnes haſce perſonas jus connubii eſſe? abſit. Neque enim in prohibitoriis id ſolum prohibitum intelligi debet, quod verbis expreſſum prohibitum eſt; verum etiam quod eamdem prohibitionis rationem habet, ex ſententia ſcilicet legislatoris, *l. contra 29. & ſeq. ff. de legib. l. 3. §. is autem l. 7. §. mutui ff. de SC. Macedon. l. oratio ff. de ſponſal. cum ſimil. c. quod una ex. de reg. jur. in 6.* eoque pertinet *l. §. 1. ff. de verb. ſignific.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, ſic excipiendum eſſe, tam ex legum ſententia, quam ex verbis. Et illud Celſi, ſcire leges non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, *l. ſcire 17. ff. de legib.* Et quamvis igitur ſingula apud Moſen non ſunt expreſſa, tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt pro expreſſis habenda, cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur, *l. neque leges 10. cum aliquot ſeqq. ff. de Legib. l. 8. ff. ad l. Æquil.* Cic. *pro Cæcin. & alibi.*

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *diſſ. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib. 4. de operib. Dei cap. 1. theſ. 7.* in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines lacerales ſpectant, moralia ſint & perpetui juris. Et noſtra quidem opinione verba *diſt. cap. 18. Levit. verſ. 24.* adeo clara ſunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum ſingulis interdictis pugnantia tam graviter puniviſſet, etſi in ſingulis peccaſſent contra legem naturæ, id eſt, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas, & notentur particulæ univerſales, quibus ſingulos iſtos caſus deſignat legislator, eum ideirco gentes puniendas eſſe ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodeſſe potuit, nec excuſationem mereri, quod res non eſſet integra. Etſi enim pleræque harum conjunctionum directe non adverſantur primæ illi legi naturæ, ſeu primis juris naturæ principiis; contraria tamen ſunt concluſionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis iſtis principiis elicere poteſt, & approbare debet; & ita juri naturæ ſecundario, cujus gratiam facere nemo niſi Deus ipſe poteſt: qui & forte in Sanctis olim quibusdam matrimonia vetita *diſt. cap. 18. Levit.* conceſſit propter ſancti generis paucitatem; aut plis ex infirmitate lapſis, & judiciis errore aliorum exempla ſecutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte reſpondebitur, non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe. Grotius *2. de jur. bell. & pac. 10.* putat legem de conjugiis a Deo datam univerſo humano generi in reparatione poſt diluvium. Atque hac in parte multum, immo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in univerſum de conjugiis a Deo per Moſen populo Iſraelitico datas, morales & æternas eſſe, atque haud ſecus conſtringere omnium hominum vitam, quam ipſa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic ſibi quicquam vindicare poſſe, cum Ant. Corn. *2. ſubſec.* Beza *diſſ. tr. de repud. & divort.* Zanchio *lib. 4. de operib. Dei cap. 1. theſ. 7.* Bucano *loc. de conjugat. quæſt. 22.* quamquam non omnes, qui contra iſtas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua ſententia & Innocentius III. fuit, ut apparet ex *cap. liter. de reſtit. ſpol.* ut Patorm. *in diſt. capit. num. 17.* multique alii e Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam Juriſconſultis, adeoque doctiſſimi Scholaſticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipſum Pontificem Romanum diſpenſare poſſe, ut matrimonium contrahatur inter perſonas in gradibus prohibitis, *diſt. cap. 18. Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jeſuitam *de matrimon. lib. 7. diſput. 52. num. 7.* Grotius *lib. 1. introduct. ad juriſdict. Bat. capit. 5.* & Coren. *conſerv. 21. num. 27. & 28.* memorant, DD. Ordines Hollandiæ ſemel atque iterum per modum diſpenſationis petenti alicui permiſiſſe, ut filiam gloria uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flori Procuratori Generali 20. Auguſti 1609. ſed poſtmodum ſemper, ut accepi, idem petentibus de conſilio Curiæ provincialis denegatum eſt, non minus pie mea ſententia, quam tuto.

CAPUT XIV.

An quævis filiæ a quibuſve parentibus dotanda? & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOtare filiam, eique conditionem honeſte nubendi quærere, patris officium eſt, *l. 19. ff. de rit. nupt. l. ult. Cod. de dot. promiſſ.* Nam cum maritus onera matrimonii ſuſtinere cogatur, & pro hiſce oneribus vicißim omnes fructus dotis quam ab uxore accepit, ipſius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi ſcilicet filiam, ut hujuſmodi onerum partem agnoſcere debet, *l. pro oneribus 20. de jur. dot.* ſed hoc ita, ſi pater ſuam habeat in poteſtate, *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata: utpote quæ bona propria habet, & quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quam cum ea quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illa ſibi acquirit. Non adverſatur quod a Papiniano reſponſum eſt; cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio eum videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quam quaſi curatorem de bonis filiæ, *l. 5. §. ult. ff. de jure dotium.* Ex eo enim minime ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiæ emancipatæ dandam; ſed: *ad ſtatum*, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam, & ſi expreſſum de bonis filiæ, non de ſuis dotem conſtituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obſcure anguit *l. ſi res, 51. ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, ſi pater filiæ emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, cum dotem

poſtea dederit, dotem a filia, non a patre datam videri: ergo non tenetur patre de propriis bonis filiæ ſui juris effectæ dotem dare. Quod ſi pater filiæ nomine dotem promiſit, eamque ante nuptias emancipavit, non reſolvitur promiſſio, non magis quam ſi parer ante nuptias mortuus eſſet, *l. ſi pater* 44. *princ. ff. eod.* Sed & ex hoc ipſo a contrario ſenſu recte colligitur, citra promiſſionem non teneri patrem de ſuo filiam emancipatam dotare. Plane ſi filia emancipata ſit paupercula, & abſque dote conditionem invenire nequeat, tentari poteſt officio magiſtratus patrem cogi poſſe, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet qui pater eſt, in hujuſmodi cauſis jure noſtro pro patre haberur; ſed is demum, quem nuptiæ demonſtrant, aut qui filiam adoptavit, *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his non ſui vel. al. jur. l. 1. & paſſ. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præſtare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, pura aiere tenetur, ergo & dotare: ſed negando duntaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Buſius In *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* Etiam ſpuria ſive vulgo quæſita filia alenda a patre eſt, modo de eo conſtet: non tamen dotandæ alimenta denegare, eſt necare, *l. 4. ff. de agnoſc. & alend. lib.* Denique quid verbis opus eſt? textur in hanc rem ſatis eſt clarus in *leg. uxorem*, 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. ubi pater pro filia naturali, cui fideicommiſſum debebat, dotem dans, non intelligitur id feciſſe, ut pater, aut dotis debitor, ſed ut debitor fideicommiſſi, & hujus debiti minuendi cauſa. Quin & ſi maxime velit parer, tamen ſi liberos legitimos habeat, non niſi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocumque modo vel inter vivos vel ultima voluntate in ralem filiam transferre poteſt *l. 8. Cod. de natur. lib. junct. Nov.* 89. *cap.* 12. §. 2. Unde tamen benigne dici poteſt, ſi filia naturalis vaide inops ſit officio jus dicentis, ſive ut nunc loquuntur, officio Judicis nobili patrem conſtringi poſſe, ut huic filiæ aliquid in dotem det, quod tamen, ſi liberi legitimi ſint, non excedat quantitatem definitam *d. leg.* 8. *Cod. de natur. & d. Nov.* 89. *c.* 12. §. Et hæc communis eſt opinio, Gloſſ. in *leg. uxorem* 41. §. *pater naturalis* 11. *ff. de legat.* 3. Bartol. *ibi*, & *in lib.* 1. *ff. ſolut. matr. n.* 11. Bald. & Salicet. *in leg. ult. Cod. de dot. promiſſ.* Mantic. *lib.* 12. *de tac. & ambig. conv. tit.* 19. *n.* 4. & 32. Gudei. 1. *de jur. nov. c.* 14. Perez. *ad d. tit. cod. num.* 6. Alii ſe fundant in æquitate juris Canoniei, *arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matr.* ubi Gloſſ. Gail. 2. *obſ.* 188. *n.* 4. & plerique appellatione ſpuriorum intelligunt omnes, qui non ſunt nati ex juſto matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæſitis, Palæot. *de not. & ſpur. fil. capit.* 49. & *ſeq.* Boer. *deciſ.* 127. Covarr. *part.* 2. *de matrim. c.* 8. §. 6. *n.* 15. Gail. *d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati ſunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατακτώμενοι.

Mater filiam dotare non cogitur, niſi ex magna & probabili cauſa, *l. neque mater*, 14. *Cod. de jur. dot.* Magna autem cauſa eſſe putatur non tantum ſi mater ſit dives, pater inops, verum etiam, ſi mortuo parre ipſa filia inopia laboret. Legibus etiam hoc ſpecialiter cautum eſt, ut mater hæretica filiam Chriſtianam dotare cogatur, *l. cognovimus* 19. *Cod. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte reſpexit Tribonianus in *d. l. neque mater* in verb. *vel ex cauſa ſpecialiter lege expreſſa*. Sed illud ceſſare incipit, poſtquam ex conſtitutione Friderici in *auth. Quæcunque, Cod. de hæret. & Manich.* & jure Canonico, *c. vergentes* 10. *ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiſcari placuit, ita ut *d. cap. vergentes*, etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: niſi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis iſtis confiſcatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, ſicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur, *l. 7. ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jure abrogata ſunt, nemoque apud nos propter hæreſim aut hæterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, procul dubio diſpoſitioni *d. l.* 19. *C. de hæret.* locus erit in Judæa matre, ut filiam Chriſtianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier ſicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tamquam æs alienum commune eſt, & ad utriuſque parentis officium ſpectat. Vid. Groenewv. *de ll. abrog. ad l. neque mater*, & ibi alleg.

Præcipua vero quæſtio hic eſt de filiafamil. locuplete ſeu bona propria habente, nempe an huic pater dotem dare cogatur. Ego ſic diſtinguendum arbitror: Si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum uſumfructum pater non haber (ut *in auth. excipitur, cum 2. ſeqq. Cod. de bon. quæ lib.*) unde honeſte pro conditione perſonæ ſuæ dotari poteſt; hoc caſu non putarem patrem cogi poſſe, ut de ſuo dotem filiæ conſtituat. Ratio eſt, quia nec talem filiam alere pater tenetur, *l. 5. §. ſed ſi 7. ff. de agnoſc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet *a fortiori*. Et ceſſat omnino ratio onerandi patrem quando filia ob bona propria conditionem reperire poteſt, Bart. *in l. mulier* 22. §. *cum proponeretur 4. ff. ad SC. Trebell.* Alciat. *in lib.* 1. *ff. ſolut. matr.* Tulden. *in Codicill. tit. de tot. promiſſ. n.* 7. Bachov. *in Treutl. diſput. de jur. dot. Theſ.* 2. Multa quidem poſt Salicetum, & alios, ſed in vanum diſputant Gail. 2. *obſ.* 95. Palæot. *de noth. & ſuppoſ.* 49. & *ſeqq.* Sichard. *in l. ult. Cod. de dot. promiſſ.* Bronch. 3. *aſſert.* 14. ut probent argumentum a negatione debitionis alimentorum non neceſſario procedere ad negationem debiti doris, cauſamque dotis etiam favorabiliorem eſſe cauſa alimentorum, quo nihil eſt παραδοξότερον. Sed objicitur a nobis *d. l. ult. C. de dot. promiſſ.* quæ eſt una ex quinquaginta deciſionibus Juſtin. Videamus ergo quid Juſtinianus illic conſtituat. Agit ibi Imperator de patre habente uſumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. conſtitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de ſuo dare: ſed ſi dotem ultro promiſerit, definit ex cujus bonis hoc pater feciſſe cenſeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et ſumma *d. l. ult.* eſt, quam refert Baldus. Patr ſimpliciter dotem dans pro filio non expreſſo cujus patrimonio, cenſetur de ſuo ipſius patrimonio. Si vero dixerit ſe dotem dare de ſuo & filiæ patrimonio, tunc ſi pater eſt inops, cenſetur dotem dediſſe de filiæ patrimonio: ſin pater eſt locuples, cenſetur eam ſummam, quam expreſſit, dediſſe de ſuo ipſius patrimonio, & tantundem tacite voluiſſe accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus uſumfructum habet; quem uſumfructum eatenus tacite remiſiſſe intelligatur. Idemque jus conſtituit, ſi pater donationem propter nu-

nuptias pro filio promiserit. Quod si pater expresse dicat se de filiæ bonis dotem dare, is casus non decidtur in *d. l. ult.* sed decidendus est secundum ea quæ dixi, nempe patrem non cogi de suo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, seu quorum usufructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, si pater simpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habentem, dotem dederit, eam de suis bonis ex liberalitate dedisse intelligitur, *l. 1. §. ult. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut superius quoque diximus, recte colligitur, posse patrem, si velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere, & si hoc expresse dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promissam præstare. Fac. *l. si res, 51. ff. eod. tit.* Non obstat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hæreditas, ad quam ratio naturalis, quasi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur a patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii inveniat, *l. 2. ff. eod. tit.* Itaque si filia conditionem matrimonii reperire potest ob propria bona, cessat causa onerandi patrem, ut bene Diod. Tulden. *ubi supra* Duar. *ad tit. solut. matrim. c. 3. de dotib.* Quod si filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, usufructu apud patrem constituto, hoc casu pater aut ex suo patrimonio dotem dare debet, aut remisso usufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex causa dotis in filiam transferre: sicuc etiam parer, qui usumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de suo præstare tenetur, *l. ult. §. ipsum autem 5. princ. & vers. cum enim Cod. de bon. quæ lib.* De filia, quæ sine patris consensu nupsit, frustra quæritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc casu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus nostris ob eam causam etiam exhæredari potest, utique si minor viginti annis fuerit, Grot. *lib. 2. introduct. ad jurispr. Batav. cap. 18.* alibi etiamsi major, modo minor 25. annis, Christin. *vol. 3. decis. 182. num. 19.* Tulden. *in Cod. de nupt. num. 2. & de dot. promiss. n. 9.* Quid de jure Canonico hic statuendum, vide Gail. *2. obs. 95. n. 3. & seqq.* Panorm. *in cap. 1. num. 6. de dispens. impub.* Covarr. *p. 2. de matrim. cap. 3. §. 8. num. 5.* Tulden. *d. num. 9.* An vero & quatenus secundum jura, quæ nunc obtinent, recipi possit constitutio Justiniani in *leg. ult. Cod. de dot. promiss.* quam singularem & satis mirabilem appellat Christ. *vol. 3. decis. 132. num. 24.* & tamen usu fotensi receptam prædicat, eo quod secundum eam in Camera Imperiali judicatum testatur Mynsingerus *cent. 5. obs. 32. num. 2.* vide Groenew. *de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & solide ostendit non posse eam constitutionem moribus horum temporum sine vitio applicari aut in praxi recipi, licet secundum jura illius, quo composita & a Justiniano promulgata est, tamen & æquitate non careat: quod etiam non obscure innuit Tulden. *ubi supra num. 6.*

CAPUT XV.

An promissio donationis causa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamsi traditio secuta non sit?

DOnationem inter virum & uxorem jure nostro prohibitam esse constat, *tit. ff. & Cod. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio sumenda a blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel causam rixarum & dissidii, quin & divortii quærere possit; cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. tit.* & docte explicantur a Connano *lib. 8. comm. c. 11.* Sunt tamen nonnullæ hic exceptiones & nonnulli casus, quibus hanc donationem valere placet: veluti si donator non fiat pauperior, immo si donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l. 5. §. concessa 8. & §. cum igitur 26. ff. eod. tit.* si donationes sint reciprocæ, *l. 7. §. 2. 8. eod.* aut remuneratoriæ insignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hac jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. de donat.* si mortis causa donatio fiat, *l. 9. §. ult. cum l. seq. ff. de don. int. vir.* Etsi autem his casibus, & quæ sunt similes, exceptis, cæteræ donationes inter virum & uxorem non confirmari, *leges uxoris 24. & l. seq. Cod. de donat. int. vir. & uxor.* quod effectum est oratione Severi & Antonini, quæ refertur, & explicatur ab Ulpiano in *l. cum hic status 32. ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum secuta est; ac proinde præmoriente donatario evanescunt, quoniam tunc confirmationi locus esse amplius non potest. Quæsitum autem est, & elegauter quæsitum, si conjux conjugi rem non tradiderit, sed donationis causa tantum promiserit, subsistereique in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipsa *nuda promissio* donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut superstiti donatario contra donantis defuncti hæredem exactio promissi detur? Res non caret scrupulo, Glossa, Bartolus, Baldus & DD. comm. *in l. Papinianus 23. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Costal. *ibid.* Connan. *lib. 8. comment. cap. 11.* Mant. *lib. 21. de tac. & ambig. conv. tit. 7. n. 32.* Scip. Gentil. *lib. 3. de donat. int. vir. & uxor. cap. 38.* Mynsing. *cent. 2. obs. 33. n. 3.* statuunt hoc casu cessare orationem, nempe morte donantis conjugis confirmari donationes, quæ verbis tantum promissæ sunt, sed eas solas, quæ revera extitrunt, & traditione perfectæ sunt: hæredem autem conjugis ex sola promissione conveniri non posse, licet non revocata voluntate conjux decesserit. Atque his ego me adjungam socium. Rationes quæ me impellunt, hæ sunt. Primum, quod non videatur plene & cum effectu donare voluisse, qui tantum promisit, neque dedit; & quia fidem suæ donationis non præstitit, pœnituisse existimandus est. Immo nec revera & proprie donatio subsistens in terminis conventionis donatio est, sed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, nisi qui & tradat, *l. 1. ff. de don.* Donatio est doni datio, *l. senatus 35. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Unde donatio opponitur stipulationi & promissioni, *l. 3. §. 10. l. 23. ff. de donat. int. vir. 2.* Quia non est novum, ut conventio, quæ alias per se prorsus nulla est, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam causam facilius confirmari debeat, *leg. 1. §. si vir, 4. & ibi* Bart. *ff. de acq. poss.*

3. Movet textus in *leg. cum, hic ſtatus* 32. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum eſſe, ut eripiatur donatario ab hærede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini poteſt niſi quod jam habet, quod traditum ſibi tenet ac poſſidet. 4. Quoniam alias nulla in propoſito dari poſſe videtur differentia inter donationem mortis cauſa, & donationem inter vivos, *arg. l.* 33. *ff. de mort. ca. don. & l.* 11. *pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permiſſa, hæc vetita. 5. Textus expreſſus & rotundus in *l. Papinianus* 23. *ff. de don. int. vir.* ubi Ulpianus ſententiam Papiniani probat, exiſtimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promiſſiones: ideoque ſi maritus uxori ſuæ ſtipulanti tantum ſpopondiſſet, non etiam tradidiſſet, marito mortuo hæredem ejus conveniri non poſſe, licet durante voluntate maritus deceſſerit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæſtio propoſita deciditur, & ſecundum quod nobis viſum apertiſſime pronunciatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber *lib.* 2. *conject.* 8. reſpondet, Ulpianum memorare tantum ſententiam Papiniani, non probare? cum diſcere Ulpianus dicat Papinianum recte putaſſe, &c. Sed ſcilicet, ſi fides Ant. Fabro, vox *recte* ab imperito interprete addita eſt, & ideo tollenda. Schifordigerus autem, *lib.* 1. *tract.* 11. *quæſt.* 8. de via magiſtri ſui nonnihil deflectens, putat ex duabus ſententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem duntaxat Ulpiano probari, poſteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod in poſteriore non repetit particulam *recte*, quaſi vero ea repetita non intelligatur *ἐνὶ τοῦτῳ*, aut poſterior aſſertio Papiniani non dependeat; tanquam neceſſarium conſequens a priori. Denique ſi poſteriorem non æque ac priorem probaſſet Ulpianus, haud dubie id expreſſiſſet, nec ſine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variaſſe Ulpianum, & Papiniani ſententiam, quam prius probaverat in *d. l. Papinianus*, poſtea improbaſſe in *d. l. cum hic ſtatus*. At cur hoc magis dicunt quam Ulpianum ſuam ipſius ſententiam mutaſſe poſtea, & probaſſe Papiniani in *d. l. Papinianus*? in *d. l. cum hic ſtatus*, §. 1. loquitur obſcurius: & locus iſte aliam interpretationem, quam quæ ab illis aſſertur, pati poteſt, ut poſtea demonſtrabitur: At in *d. l. Papinianus*, nulla obſcuritas, plana & aperta Juriſconſulti ſententia. Fateor tamen & contrariam ſententiam non levibus niti argumentis, eamque habere aſſertores egregios, interque eos Cotaſium, *lib. miſc. c.* 1. Ant. Fab. & Schifordig. *ubi ſupra*. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter reſponderi poſſit.

Primum ducitur ex *l. cum hic ſtatus* 32. §. *ſive autem* 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco ſic illi colligunt. Quæcumque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat: ea oratione confirmata eſt, *d.* § *ſive autem*. At conſtat nec valuiſſe promiſſionem donandi cauſa factam *l.* 2. §. *ſciendum* 10. *eod.* ergo illa ex eadem oratione valet. Reſpondeo, in hoc argumento concedi ſibi poſtulant *τὸ ἐρχόμενον*, quod eſt in quæſtione, nempe an omnes quocumque modo factæ donationes per orationes ſint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic ſtatus* 32. §. *ſive autem* 23. commode reſtringi poteſt ad donationem veram ac proprie dictam, plenam ſcilicet & perfectam, quæ ſit conſummata vel per traditionem actualem, vel per acceptionem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione ſit, ut in *l.* 3. *nis. ff. eod.* ut hiſce modis, & ſi quid id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d.* §. 23. *d. l.* 32. ubi expreſſe agitur de remiſſione obligationis facta per acceptilationem, in qua eſt fictio brevis manus, tanquam res ſoluta, & mox donationis cauſa reddita eſſet. Sed ajunt etiam ſtipulatione perfici donationem. Quis negat? Immo ex conſtitutione Juſtiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum ſcilicet donator voluntatem ſuam ſcripto aut ſine ſcripto manifeſtavit, §. 2. *Inſtit. de donat. l. ſi quis* 35. *Cod. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis eſt, unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio, & actio duntaxat, non rei promiſſæ dominium. Vere autem plene demum perficitur & conſummatur donatio promiſſi & doni præſtatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio convenit; non ante tamen pro conſummata habetur, quam res tradita ſit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donario ipſam rei translationem ſignificat: quam ob cauſam inter modos acquirendi dominii numeratur. *Inſtit. de donat. in princ.*

Secundum argumentum ſumitur ex *d. l. cum hic ſtatus* 52. §. 1. ubi Juriſconſultus ait, oratione inductum eſſe non tantum ut res fiat ipſo jure ejus cui donata eſt, ſed etiam ut obligatio ſit civilis: quod poſtremum non niſi de ſtipulatione donandi cauſa facta putant intelligi poſſe. Sed quidni verba iſta Juriſconſulti de eo caſu accipi poſſunt, quo aut nomen conjugi donatum eſt, ceſſat actio, aut evictionem promiſit donator, quomodo & Accurſius ea accepit? Hoc certe probabilius dicitur quam aut Ulpianum ſibi non conſtitiſſe, aut Papinianum a reliquis diſſenſiſſe Juriſconſultis. Addidit Accurſius & alium caſum, nempe ſi alter alteri debitum per acceptilationem remiſerit, ſed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertio, non parum juvare videtur contrariam ſententiam, quod ab Ulpiano, reſponſum eſt in *leg. ſi ſtipulata* 33. *ff. eod.* ſi mulier annuum ſtipulata fuerit, & manente matrimonio maritus deceſſerit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *ſtipulationem*) ex Senatuſconſulto confirmari. Reſpondet Bartolus, confirmari quidem hoc caſu donationem; ſed non ultra, quam ante ex ſtipulatione præſtitum eſt a marito juxta *d. l. Papinianus ff. eod.* Ego autem puto recte defendi poſſe, ex promiſſione annui etiam ejus nomine, quod præſtitutum non eſt, hæredes mariti, qui promiſit, teneri, ſed non aliter, quam ſi maritus re ipſa jam ſolvit aliquid de illo annuo, pura ſi unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promiſſio, & poſtea ceſſavit. Hoc, inquit, caſu puto reliquorum annorum debitum ab hæredibus exigi poſſe, propterea quod hic promiſſor ipſo facto voluntatem ſuam ſatis declaravit: quamquam nec abſurdum eſt in promiſſione annui ſeu alimentorum ſtatuere exceptionem. Plane non exiſtimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto, in contrarium urgent, *leg.* 2. *Cod. de dot. cart. non num.* Sed ad hunc locum facilis reſponſio eſt, nimirum cum vir donandi animo aliquod incrementum in dotem adſcribit; ut in ſpecie *d. l.* 2. quaſi tra-

traditionem factam videri, per fictionem scilicet brevis manus, cujus eadem vis est, quæ vere, *leg. 3. §. pennlt. & ult. ff. de donat. int. vir. & uxor.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri solere: cum enim dos ipsa constante matrimonio penes maritum esse debeat, & consequenter etiam incrementum dotis, *l. 4. ff. de jur. dot.* absurdum esse id tradi mulieri, & statim a vito recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac si revera traditum esset, actione rei uxoriæ ab hæredibus mariti uxor recte peteret. Barrolus in eamdem sententiam tribus verbis respondet, esse in *dict. l. 2. Cod. de dot. caut. non n.* traditionem fictam, quæ idem operetur quod vera. Ultimo objicitur communi sententiæ *Novell. 182. cap. 1.* ubi expresse etiam quævis promissio donationis causa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, post mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus quod in conventionem deductum est, datur conductio. Verum cum novum jus illis aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis sententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera est contraria sententia, & secundum eam pronuntiandum? Sane quidem secundum illam Noveliam. Sed ego dubito an Novella illa in praxi & foro sub auctoritate legis allegari possit: quoniam in vulgatis editionibus deliderátur, & demum a Neotericis ex Græco translata & volumini Authenticorum inserta est. Unde nec a plerisque allegatur, ne quidem a Corasio aut ipso Ant. Fabro. Sed neque videtur esse Justiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita est inscriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris nostris & Galliæ moribus, vide Groenevv. *de leg. abrogat. ad leg. 2. de donation. inter vir. & uxor.*

CAPUT XVI.

An cum testator prohibuit inventarii confectionem, etiam necessitas reddendarum rationum tutori vel curatori remissa intelligatur?

TUtores omnes & curatores, cujuscumque generis sunt, non ante debent se miscere administrationi sibi commissæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum nominumque instrumentorum solemniter sub præsentia publicarum personarum confecerint, *l. tutor 7. princ. ff. de admin. tut. l. sus. l. tutores 24. Cod. eodem l. ultim. §. 1. Cod. arbit. tutel.* solo patre legitimo administratore secundum communem Interpretum sententiam excepto. Mont. *de jur. tutor. ap. 32. reg. 6. de confect. invent. num. 88.* Est autem inventarium hoc fundamentum administrandi bona, & caput reddendarum rationum, *l. 1. §. 3. ff. de tut. & rat. distr.* Inde enim promptum est quod alias vix fieri posset, cognoscere, an & quantum fraude vel negligentia tutorum de bonis sit diminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quasi suspecti removentur, vinculisque publicis continentur, tamquam rerum pupillarium spoliatores & prædones, & infamia notantur *l. 18. §. tutores qui repertorium non fecerunt 17. ff. de susp. tut.* (in editione Florentina illa verba desunt, & initium §. est, *sui pecuniam*) *l. ultim. in fin. Cod. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam, *dict. leg. 7. princip. ff. de adm. tutel. l. 2. de in lit. jur.* Covarruv. *variar. resolut. lib. 2. cap. 14. num. 4. in fin. & num. 5.* Montan. *dict. loc. num. 20. multis seqq.* Postremo non antequam inventarium publice confecerint, & secundum morem solitum res iis traditæ fuerint, ullam habent administrandi, aut attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem, *dict. leg. 3. ultim. §. 1. Cod. arbitr. tutel.* Sunt tamen nonnulli casus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel si justa causa impediat, quominus tutor statim aut suo tempore (de quo vide Montan. *dict. loc. num. 29.*) inventarium facere possit, puta si morbus sonticus eum tardet, *dict. leg. tutor princ. & ibi* Bartol. *num. 17.* aut si causa non admittat dilationem & res pupillo non obsit, sed prosit; *l. ultim. Cod. de tut. qui sat non ded. dict. leg. tutor. & ibi* Bartol. *num. 27.* Est & alia eaque insignis exceptio, nempe si testator expressim prohibuerit inventarium fieri, *dict. leg. ultim. §. 1. Codice arb. tut.* Idemque jutis esse plerique putant, etsi testator non expresse prohibuerit fieri inventarium, sed tantum simpliciter tutori remiserit necessitatem inventarium faciendi. Bartol. *in leg. nemo potest, 55. num. 12. ff. de leg. 1.* Guid. Pap. *decis. 352.* Clar. §. *testamens. qu. 66. num. 4.* Montan. *dict. leg. num. 98.* Mollor. *lib. 1. semestr. cap. 39. num. 12.* Gotofred. *ad dict. leg. ult. §. 1.* quasi nihil interesit, utro horum verborum testator usus fuerit, remitto, an veto sive prohibeo: quod tamen vix est, ut probare possim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo: qui remittit, non vult non fieri; sed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando testator suo & pupillorum suorum pudori consulere velle intelligitur, quæ justa causa est: remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ causa non videtur esse sufficiens. Sane Justinianus *in dict. leg. ult. §. 1. Cod. arbit. tut.* non aliter tutores a necessitate faciendi inventarii absolvit, quam si testator specialiter inventarium conscribi vetuerit: quod & Jaso in *leg. nemo potest 55. ff. de leg. 1. in col. 10.* notat & sequitur Chassan. *ad consues. Burgund. in gloss. verb. par inventaire titul. des plusieurs lit. num. 27.* Joann. Dilect. *de art. test. titul. 7. caut. 3. num. 8.* Damhoud. *in praxi crim. pupil. titul. de tutel. Codice cur. mun. tom. 1. num. 17.* Christin. *ad stat. Mechlin. titul. 19. artic. 12. num. 7.* Bus. *ad leg. 7. princ. ff. de admov. tutel. num. 3.* & in puncto juris verius esse tantum non fatetur Clar. *dict. quæst. 99. num. 3.* Causam autem prohibitionis hanc ferme habent testatores, ne patrimonii secreta & æs alienum pandatur, *l. C. de alim. pup. præst.* & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut pauperras ad contemptum publicetur, *l. 2. princip. vers. sed ubi quarta Cod. quand. & quib. quarta pars* ac creditur patet pro pietate sua liberis optime prospectum voluisse, *l. nec in ea 22. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni testatoris plerumque acquiescere, quanquam non præcise cogantur eam sequi: nam si pupillo secus expedire intelligant, poterunt nihilominus, inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem 10. ff. de conformat. tut. l. 5. §.* Julianus *7. ff. de administ. tut. l. 7. vers. nec tamen, ff. de ann. leg. & simul.* quemadmodum & vice versa ipse judex interdum ex justissima causa necessitatem conficiendi inventarii tutori remittere potest, etiamsi testator non

prohibuerit inventarium fieri, puta si forte non conducat facultates pupilli patefieri *arg. l. 2. §. ergo etiam 45. & seq. ff. ad SC. Tertull. l. 2. Cod. de alim. pup. præst.* vid. Barrol. *ad leg. 7. princ. ff. de adm. tut. n. 19.* Chaisan. *ubi sup. num. 26.* Montan. *de reg. 5. num. 108.* Christin. *dict. art. 12. num. 7. 8. 9.* Tulden. *in Cod. de admin. tut. num. 2.* Groenov. *tractat. de legib. abrogat. ad leg. ult. Cod. arbitr. tut.*

Illud eleganter quæsitum, an prohibita inventarii confectione hoc ipso censeatur testator etiam rationum reddendarum necessitatem tutori aut curatori remisisse? Affirmant Damhoud. *in patroc. pupill. cap. 4. n. 15.* Molin. *in consuet. Paris. 1. p. §. 6. gloss. 6. num. 12.* Moller. *1. semestr. 39. num. 6.* & plures *ibid. allegat.* Firmamentum hujus sententiæ est, quia absque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput est & fundamentum, atque ut Molinæus post Gemi. in *tapis. generalis col. 2. de elect. in 6.* ait, sine inventario non potest confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod est de receptis: & Camhouderus paria esse, remittere rationum reddendarum necessitatem, & absolvere tutorem a confectione inventarii: atque ideo hæc valere εἰς ἀμφότερα cui remissæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem testator a confectione inventarii absolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior est contraria sententia, negantium scilicet prohibitione inventarii conficiendi necessitatem reddendarum rationum tutoribus simul remissam censeri. Longe enim melius est & probabilius ut dicamus prohibitionem istam pertinere duntaxat ad solemnem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum personarum, & ita ut exemplar mox magistratui exhibendum sit, (quod nos dicimus, *staet een't inventariis in handen van de Weesmeesteren leveren.* Grot. *lib. 1. introd. ad jurisp. Batav. cap. 9.*) quæ prohibitio ideo fieri a testatore solet, ne secreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum est, & ne scrupulosa fiat inquisitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac descriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expensa in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis a testatore factæ cessat. Quod sive id quidem voluisset testator dari, re ipsa etiam dolum futurum & fraudem testator remisisset: quod nec facere debet, nec potest, *leg. ita autem, 5. §. Julianus, 7. ff. de adm. tut.* Joan. Dilec. *de art. test. titul. 7. cautel. 2. num. 3.* Quapropter dicendum est, etiam hoc casu, ubi talis prohibitio facta est a testatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem a tutore fieri oportere: ne si postea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid gessisse dixerit, non habeat pupillus quo id probet, aut ruror quo se defendat. Poterit autem se defendere reperrorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit, si non refuterur manifestis probationibus, *argum. l. 2. princ. vers. sed ubi quarta pars Cod. quand. & quib. part.* ita Busius *ad dict. l. 7. num. 6. ff. de adm. tut.* Christin. *ad consuet. Mechlin. dict. tit. 19. artic. num. 9.* & ibi citat. & hæc ipsa etiam Molleri sententia est *loc. supr. not. num. 8.* & facit huc *lex si servus, 119. ff. de legat. 1. & leg. cum tale 72. §. quid ergo, 3. ff. de cond. & demonstr.* Quid quod ne illud quidem concedendum est, posse patrem testamento suo cavere, ne tutor, quem liberis suis dat, obnoxius sit reddendis rationibus. Id enim fierer contra jus publicum, & pater de jure non sibi, sed pupillis suis competituro disponeret, quod admittendum non est *dict. l. 5. §. Julianus, 7. ff. de adm. tut.* D. Præses Evehard. *consil. 211. num. 14.* Quod vero ibidem refert casum, ubi a marito cautum, ne uxor & mater liberis suis rationes reddat aut reliqua restituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis ante nuptialibus, quibus fructus omnes uxori usque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta postea constante matrimonio testamento mariti confirmata sunt, ut bene ibi ostendit idem D. Præses. Superioribus non obstat, quod minor curatori suo legare aut per fideicommissum relinquere liberationem & remissionem reddendarum rationum potest, *dict. 5. §. Julianus, 7. ff. de admin. tut. l. cum necessitatem, 18. Cod. de fideicomm.* quia qui ita disponit, de jure suo disponit, non de alieno. Et quidem si filius patri, tutori aut matri tutrici quondam suæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum est, quam si quis ita legaverit, personæ extraneæ, cujus in curatione est, aut fuit, *l. Aurelius, 28. §. Titius testamento, 3. ff. de lib. legat. junct. l. Aurelio, 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujusmodi liberatione a reddendis rationibus legata Covarr. *lib. 2. var. resolut. cap. 14.* Igitur, ut evincimus, quando testator prohibet, ne is, quem liberis hæredibus suis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum a solemnis inventarii confectione eum liberasse intelligitur, non a confectione repertorii privari, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permissum quidem hoc parri sit. Non eadem causa est hæredis, cui testator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit, nam is nihilo magis defungi potest repertorio & drscriptione privata: sed non obstante illa sive interdictione sive remissione, inventarium cum omni solemnitate facere tenetur, nisi solidum creditoribus hæreditariis solvere paratus sit. Ratio est, quia nemo quicquam in testamenro cavere potest in præjudicium creditorum suorum; Bartol. *in dict. leg. nemo potest ff. de leg. 1.* Putarem autem posse testatorem hæredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommissariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, sed de lucro certant: non enim par eademque ratio est delata sibi amittere, & lucra non capere *leg. ultim. §. 2. in fin. Cod. de codicill.* Et cum testator potuisset omnino legare, quidni & modum legato ponere possit, *arg. leg. 4. §. 2. ff. de in lit. jur.* sicut & satisdationem legati vel fideicommissi nomine remittere potest; *leg. penult. Cod. ne in poss. leg.* quod est notatu dignum: & ita est in Advocatis practicis Hogerbetii, vulgo *Papegaye Boeck.*

CA-

CAPUT XVII.

Utrum imperfecta parentum inter liberos dispositio valeat jure testamenti, an vero tantum ut voluntas ultima intestati?

DIspositiones testamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione solemnitatum, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud quod ad solemnitatem ordinariam pertinet, omissum fuerit, *l. si unus*, 12. *hac consultissima*, 21. *in fin. princip. & §. 8. C. de testament.* altero modo ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interreptus, aut furore correptus sit, aut obmutuerit, sive vox eum defecerit, *lex si is qui*, 25. *ff. qui testam. facit l. furiosum*, 9. *Cod. eodem §. penult. Instit. quib. mod. test. infirm.* Sive autem ob aliquem solemnitatis sive ob voluntatis defectum testamentum imperfectum sit, constat tale testamentum inutile esse, ac ne jure quidem voluntatis intestati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem singulari placuit patrium testamenta, licet imperfecta sint, valere inter liberos, *l. hac consultissima*, 21. §. 1. *& auth. seq. Cod. de testam.* Cujus juris ratio hæc est, quod in parentibus cessat omnis fraudis & inductionis suspicio; atque ut illi optime sciunt, quibus liberis eorumque singulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præsumi debent, bene prudenterque in singulorum persona disposuisse. Et quidem certi juris est valere inter liberos testamentum patentis, quod imperfectum est propter omissionem requisitarum alias solemnitatum. Sed quod imperfectum est ratione dispositionis & voluntatis, ex communi Interpretum sententia nec inter liberos valet. Clarus. §. *testamentum quæst.* 9. post Bartolum & alios *in dict. leg.* 11. §. 1. *Cod. de testam.* Gail. *lib.* 2. *obser.* 112. *n.* 14. quam sententiam & Cujacius probat in *leg. si is qui*, 25. *ff. qui testam. fac.* eo quod hic vitio aliquo hæredum interrumpitur institutio, & Fac. *argum. in leg. Lucius Titius*, 36. *princip. ff. de testam. milit.* Quod autem de exacto testamento & nondum impleto dicitur in *leg. ultim. princ. Cod. famil. erciscund.* ad solemnitates referunt: nempe si pater solemne testamentum concedere voluerit & cœperit, licet solemnia postea adhibita non sint, nihilominus voluntatem sustineri, Bartolus *in dict. leg. si is qui*. Salicet. *in dict. leg. ult.* post Glossa *ibid.* Atque ita ipse Constantinus verba sua in *princip. dict. leg. ultim.* posita postea interpretatur, *etiamsi*, inquiens, *solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta*. Non est tamen sine ratione, Costalius *leg. si filia*, 20. §. *pater*, 3. *ff. famil. erciscund.* communem sententiam sic temperat, ut si pater omnia inter liberos dividit, illa divisio rata habenda sit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare morbo oppressus sit, *argum. dict. leg. si filia* §. 3. Quod nec Diodor. Tuldeno ad *Cod. de testament. num.* 3. displicet: sed hoc in medio relinquimus. Extra controversiam igitur positum est, testamentum parentum inter liberos valere, etsi in eo solemnitates jure communi requisitæ observatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum dispositio valeat jure testamenti, an vero duntaxat sustineatur, ut ultima voluntas intestati? Prius affectunt Castrens. Alexander Jason *in dict. leg. hac consultissima*, 21. §. 1. *Codice de testament.* quos sequitur Gilken. *ibid. num.* 9. Bachovius *ad Treutl. disput. de testament. thes.* 6. *lit. H.* & DD. communi. Postlerius Anton. Fab. *decis.* 55. *err.* 3. Schiffordig. *lib.* 2. *tract.* 11. fere per tot. Fachin. 4. *contr.* 4. allegans Glossam in *dict. l. hac consultissima*, §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat; sed aperte contrarium tenet in *l. filii*, 16. *C. famil. erciscund.* Haud facile quid hic statuendum sit, judicare poterimus, nisi prius constitutiones omnes, quæ circa hanc rem scriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem constitutiones complures. Prima est Diocletiani & Maximiani in *l. filii*, 16. *C. famil. erciscund.* ubi jubent Imperatores, etiamsi judicium patris tam circa testamentum, quam circa codicillos deficiat; si tamen quibuscumque verbis voluntas ejus declarata sit, arbitrium familiæ erciscundæ voluntatem patris sequi, licet ei ab intestato succedatur. Secunda est Constantini in *l. ult. C. eod. tit.* in eadem sententia. Sed Constantinus idem constituit, etiamsi liberi non sint in potestate, sed emancipati: & licet non verbis, sed quibuscunque indiciis aut signis voluntatem suam pater declaraverit. Tertia est Theodosii in *d. l. hac consultissima §. ex imperfecto*, 1. *C. de testam.* qui jus hoc singulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad ascendentes utriusque sexus, *ειτινας ἐκατέρου φύσεως*, ut hæc etiam a Justiniano memorantur in *præfat. Nov.* 107. Quarta est Justin. in *Nov.* 17. *c.* 7. unde *auth. si mod. C. famil. erciscund.* quæ pertinet ad divisionem factam per scripturam extra testamentum & codicillos, puta per epistolam: cui scripturæ, ut rata ac firma sit, Imperator vult subjici vel ipsius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio fit, subscriptionem. Quinta & ultima est ejusdem Principis in *Nov.* 107. *c.* 1. *&* 2. unde sumptæ sunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici insertæ sunt in *d. l. hac consultissima*, *auth. hoc inter.* ubi certam formam hujusmodi parentum scriptis dispositionibus Justinianus præscribit, & priores Constantini & Theodosii constitutiones uno atque altero casu corrigit. Primum cavet, ne qualiscumque scripta dispositio inter liberos valeat, sed ea duntaxat, quæ sit ἐκτετυπωμένη scripta plenis litteris, sine signis aut abbreviaturis, & scripta aut subscripta a parente, denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus hæredes instituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Constantinus & Theodosius plane excluserant, iis legata & fideicommissa relinqui permittit: quo tamen casu noluit sufficere scripturam, nisi testes intervenerint, *dict. c.* 1. *verf. si tamen uxor.* Quod ab Irnerio omissum in *d. auth. quod sine*. Jam ut ad quæstionem propositam revertamur, puto eos recte sentire, qui imperfectam inter liberos parentum dispositionem valere existimant jure testamenti, non autem tantum, ut voluntatem intestati: utique si ponamus in tali dispositione liberos etiam hæredes institutos esse, quia sine hæredis institutione testamentum intelligi non potest, *arg. d. l. hac consultissima*, 21. §. 1. *C. de test. & d. Nov.* 107. *c.* 1. ubi talis parentum dispositio, testamentum, *διατάξεις διαθήκαι*, & parentes ita disponentes *διατιθέμενοι* testatores appellantur, atque in eo testamento hæredes recte instituuntur. Omnis autem scriptura, qua hæres recte instituitur, testamentum est. Nec obstat quod dicatur testamentum imperfectum; nam & testamentum militis im-

imperfectum dicitur, *l. 2. ff. de injusto rupt. test.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & solemni succeditur. Testamentum autem imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed rusticanorum testamenta sæpe imperfecta sunt ratione numeri testium & subscriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujusque perfecti testamenti habent, *l. ult. C. de test.* Quæ omnia argumento sunt, non eo minus ex testamento jure speciali legibus solemnitatum soluto succedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum testamento solemni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali testamento & liberis prælegata, & ex constitutione Justiniani extraneis non modo fideicommissa, verum & legata relinqui possunt, *d. authent. quod sine* quæ tamen non nisi ex testamento valent §. *praterea Inst. de fideic. hæred.* Fortissimum autem hujus rei argumentum est, quod hujusmodi testamentum parentis non rumpatur, nisi alio testamento omnibus modis perfecto: immo nisi & posterius perfectum fuerit, & parens simul testatus sit se prius revocare, *d. authent. hoc inter*, de quo vid. Clar. *d.* §. *quæst.* 98. Grass. §. *testam. q.* 86. Boer. *decis.* 240. Coren. *decis.* 39. *suprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis absurdum est, alias sequereretur patrem jure privilegiario non nisi codicillos inter liberos facere posse. Cæterum multa huic sententiæ obstare videntur. Primum, quod ex ratione juris non videatur posse pro testamento haberi illa dispositio, quæ testium adminiculo non indiget: at sola scriptura, quam patris esse constat, etiam sine ullo teste hic sufficit ex communi & vera opinione, Gail. 2. *obs.* 112. Sed hoc leve est: nam testamentum non ex eo dicitur, quod coram testibus fiat, sed quod sit mentis & voluntatis nostræ ultima testatio. Explosione profecto dignus esset, qui sic argumentaretur. Non est necesse, ut in testamento militis per scripturam testantis ulli testes adhibeantur: ergo talis dispositio militis non videtur esse testamentum. Secundo objicit Ant. Faber, quod in hujusmodi imperfecto testamento non possunt liberi exhæredari. Sed usquam hoc scriptum est, & communis opinio est in contrarium, teste Claro *d.* §. *testamentum*, *q.* 13. Demus tamen esse verum, non posse scilicet liberos in tali testamento exhæredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicasse dicitur, quid tum postea? in exhæredatione apud nos requiritur, ut testes sint Scabini, an ideo dispositiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus testibus non Scabinis, non valebunt, ut testamenta? Tertio huic sententiæ objicitur *l. hac consultissima*, 21. §. *si quis autem*, 3. *C. de testament.* ubi si eum in priore testamento perfecto scripti sunt extranei, in posteriore autem imperfecto, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet quidem infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tamquam testamentum, sed tantum tamquam ultimam voluntatem intestati. Respondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius est, quam agnatorum, illationem fieri posse. Immo ex contrario, cum in casu *dict.* §. *si quis autem*, Theodosius expresse sanciat, ut posterior imperfecta scriptura non quasi testamentum, sed tantum quasi voluntas ultima intestati valeat, recte colligas, voluisse eum imperfectam patentem voluntatem, de qua agit in *dict. leg.* 21. §. 1. valere quasi testamentum, quoniam eam valere, & tenere vult absolute & simpliciter. Postremo objiciuntur constitutiones duæ. Prima est Diocletiani & Maximiani in *leg. filii*, 16. *Cod. famil. erciscund.* cujus hæc est sententia: Si pater neque testamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, sed in iis judicium suum circa rerum divisionem deficiat: si tamen quibuscumque verbis voluntatem suam declaravit, quo ad bonorum inter liberos divisionem, hanc patris voluntatem, licet ab intestato ei succedatur, judicem familiæ erciscundæ sequi oporteret. Sic enim verba, *si tam circa testamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda sunt, non ut cum Glossa & plerisque aliis ea accipit Gothofredus; quasi scriptum esset si solemnitate in testamento aut codicillis requisitas parer non observavit. Nam codicilli nullam solemnitatem desiderant, *leg. 6.* §. 1. *ff. de jur. codicill.* §. *ultim. Institut. eodem*, & demum longe post tempora Diocletiani aliqua desiderari cœpit a Theodosio, *leg. ultim.* §. *ultim. Cod. eod.* nec tam voluntas aut judicium, deficiente aliqua solemnitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de divisione hæreditatis obventuræ inter liberos facta a parente intestato, vel extra testamentum, quod sæpe & convenienter juris auctoritate fieri solebat, *leg. si filia*, 20. §. *si pater*, 3. *ff. famil. erciscund. l. parentibus*, 8. *Cod. de inoffic. testam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam postrema constitutionis verba ostendunt, dum ajunt hoc ipsum quod constituunt, etiam juris auctoritate significari: optime Gudelinus *lib. 2. de jur. nov. c. 4. circ. fin.* Nihil igitur esse in ea constitutione, quod nostræ & communi sententiæ obstet; non illa verba, *licet ab intestato eo fueris successum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab intestato succeditur, tunc testamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera constitutio, quæ objicitur, est illa Constantini in *l. ult. Cod. fam. erciscund.* ex qua constitutione etiam eo casu, quo pater inter liberos testatus est, sed dispositione imperfecta, qui casus in principio ponitur, non aliter quam ab intestato succedi videtur, arg. verb. *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa dispositio non vi propria, sed externa, nempe officio arbitri familiæ erciscundæ sustinetur. Respondent plerique cum Accursio verba illa, *licet ab intestato*, &c. referenda esse ad casum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epistolam, vel quibuscumque verbis indiciisve voluntatem suam significavit. Ee quidem eo commode referri possent, si ipso jure aut vi paternæ dispositionis voluntas patris effectum sortiretur, sed quia non nisi ope Judicis familiæ erciscundæ voluntas patris exitum habere potest, quod est argumentum eam voluntatem non valere ipso jure, *l. 2. C. de inoffic. donat.* Melius est, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum esse primum constitutione Theodosii, *d. l. hac consultissima* §. *ex imperfecto Cod. de testament.* deinde & quidem maxime, constitutione Justiniani *Nov. 107. cap. 1.* quibus diserte cavetur, ut voluntas parentum liberos suos imperfecto testamento instituentium teneat, ac rata sit simpliciter, ac proinde ipso jure sine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris quæ forte huic sententiæ ab aliis objiciuntur.

CA-

CAPUT XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?

NOn ignobilis quæſtio eſt, an ut ſcripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus teſtibus, aut paucioribus utique, quam ſeptem jure ſingulari valet & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus gloſſator, cujus ſententiam ex veteribus ſecuti Fulgoſius & Salicetus in *auth. quod ſine Cod. de teſtam.* Cæteri vero Interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini cauſam a cæteris, quos ille pragmatico nomine minus honorifico, appellat, deſertam rurſus ſuſcepit, atque acriter ſpeciosis argumentis defendit *deciſ. 35. err. 4. & deciſ. 36. err. 9.* Sed videamus, an tam abſona, ut Faber putat, a ratione juris conſtituti, omnique legum auctoritate deſtituta ſit illa Interpretum communis ſententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos diſpoſitionem ſubſiſtere. Unum autem in effectu argumentum eſt, quo Faber hanc ſententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & conſtitutiones, quæ circa parentum diſpoſitiones non ſolemnes promulgatæ ſunt, tantum loquantur de ſcriptis parentum voluntatibus, *leg. ultim. C. fa mil. erciſc. leg. hac conſultiſſima*, 34. §. *ex imperfecto C. de teſtam. Nov.* 107. unde ſumpta *auth. quod ſine Cod. dict. tit.* Quod attinet ad illam novellam Juſtiniani conſtitutionem, fateor verum eſſe quod dicit: neque enim forma, quæ illic præſcribitur, convenit voluntati ἀγράφῳ ſed cur non de alia quam ſcripta parentum voluntate ibi agat Juſtinianus, poſtea intelligetur. Sed & forte etiam Theodoſio in *dict.* §. *ex imperfecto*, per teſtamentum imperfectum non illud intellexit, quam quod per ſcripturam factum eſt, quoniam non de aliis, quam de ſcriptis teſtamentis in principio conſtitutionis locutus fuit, quamquam hujuſmodi collectiones, præſertim in reſcriptis Principum non ſunt neceſſariæ: atque ut id, quod dicitur in *dict.* §. *ex imperfecto*, aliorum teſtamenta imperfecta non tenere, generaliter verum eſt, ſive ſcripta ſint ſive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi poteſt & debet; ſic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum teſtamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & ſine exceptione intelligi poteſt. Et forte ideo Theodoſius poſtea, cum de teſtamentis nuncupativis tractat, nullam ſubjicit exceptionem. Sed neque ex *leg. ult. Cod. famil. erciſc.* quæ Conſtantini eſt, conſtans & firmum argumentum pro Martini ſententia deduci poteſt. Etenim ex eo, quod Conſtantinus meminit epiſtolæ & cujuſcumque ſcripturæ, minime ſequitur voluntatem parentum ſine ſcriptura verbis apud teſtes declaratam ratam non eſſe. Prius enim & teſtamenti meminit, & codicillorum, quæ utique & ſine ſcriptura fieri poſſunt. Nrque illa Conſtantini verba, *ſive quocumque al o modo ſcripturæ &c.* reſpiciunt totum antecedens, ſed proximum duntaxat, & illa, *ſeu epiſtola parentis, &c.* ut hic ſit ſenſus, ſive non teſtamentum aut codicilli, ſed tantum epiſtola parentis relicta inveniatur, ſive quodlibet aliud ſcriptum, quo vel verbis, vel quibuſcumque indiciis voluntas parentis ſignificetur. Et utique non eſt veriſimile eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocumque ſcripto & quibuſcumque indiciis declaratam, nolle ſervari voluntatem patris verbis coram teſtibus nuncupatum, licet paucioribus quam ſeptem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, ὅτε ἐμφανίων μᾶλλον, ἢ ἐμφωνίων ταῦτα πρεσθεῦα, ut Juſtinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifeſta velle rejicere. Poſtquam ſatis ſibi probaſſe viſus eſt Antonius Faber ex ſolo teſtamento imperfecto, quod per ſcripturam a parente factum eſt, voluntatem inter liberos cuſtodiri; non autem ex eo, quod factum eſt per nuncupationem hujus diverſi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falſi commiſcendi ratio præripiatur; multa enim eſſe in jure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita, quaſi ſemper minus ſuſpecta ſit probatio, quæ ſit per qualemcumque ſcripturam, quam quæ per teſtes, licet omni exceptione majores; quod minime ei concedendum eſt, per *leg. exercendis*, 15. *de fid. inſtrument.* & conſtet, quam fallax ſit probatio per comparationem litterarum, *leg. comparationis*, 20. *Cod. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime, ſi ſcriptor uſus ſit notis quibuſdam aut ſignis, qualis tamen parentum ſcriptura ex lege Conſtantini inter liberos rata eſt.

Denique, ſi vera eſt illa Antonii Fabri ratio, cur æque in teſtamento ſcripto teſtes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncuparivo? Verum quidem eſt, nullorum magis intereſſe, quam ipſorum parentum, ne falſum pro eorum judicio ſubjiciatur: ſed male inde colligit Faber, ex eo eſſe, quod ſcripto eorum judicio ἐμφανίῳ plus tribuatur, quam nuncupato coram teſtibus. Quin ex eo ipſo loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *leg. Divus*, 24. *ff. de teſtam. milit.* ubi militibus non minus conceditur hæredem nuncupare citra ſolemnitatem, dummodo teſtes aliquot adhibeat, quam ſcribere nullo teſte adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipſorum, quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcumque nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur tibi etiam rectum in hanc rem expreſſum in *leg. filii*, 16. *& famil. erciſc.* ubi Diocletianus & Maximianus diſerte jubent Judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris quibuſcumque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi; ac proinde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi οὐκ ἄλλως γραμμάτων, ut ipſe loquitur in *dict. Novell.* 107. *cap.* 1. ἢ πῶς συμβόλων τῶν δεόντων, quod Conſtantinus permiſerat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fabri inſufficientem partium ſeu legum enumrrationem. Jam quod attinet ad *dict. Novell.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur, eam ſolum accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic profitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, illud reprehendere, quod ſcripturas qualvis admiſerint,

rint, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non est, μὴ ἐναργὴς, ἀσαφὴς quæ tantum πιθανολογίαις conjecturis quibusdam & indiciis nitatur, notans præcipue constitutionem illam Constantini in *dict. leg. ult. Cod. famil. erciscund.* & talem scripturam ἀπὸ τοῦ ἀσαφοῦς. propter incertum voluntatis improbas. Cum autem in scriptura solum hæc ἀσάφεια metuatur, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim a testatore scriptas, partim ab alio, ad scripturam etiam solum constitutionem suam retulit Justinianus. In testamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum sciret, ubi nullæ sunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, sed plena voluntas pronuntiatur. Hæc sententia, ut est communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide Clar. §. *testamentum quæst. 16.* Grotius *lib. 2. introd. cap. 17.* Sand. *lib. 4. tit. 1. definit. 7.* quod & ipse Antonius Faber ultro fatetur.

CAPUT XIX.

An testamentum juxta statuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis solemnitas?

TEstator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & notario testari licet, ut in hac nostra Batavia. Quæritur, an tale testamentum valeat etiam in iis locis, ubi major desideratur solemnitas, & verbi causa testes septem, ut in Frisia, ubi sequuntur jus civile Romanorum. Affirmant Doctor. communiter in *leg. Cod. de summ. Trinit.* Vivus *1. opin. 36.* & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum, Guid. Papin. *decis. 262.* Thesaur. *quæst. for. 1.* Mynsing. *1. observ. 19. & 20.* Gail. *2. observ. 123.* Joann. a Sande *lib. 4. rer. jud. tit. 1. defin. 12.* Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci in quo sitæ sunt: quippe res mobiles, quoniam ubicumque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci, cujusque possessionis, *arg. leg. ultim. ff. de jurisd. leg. ex ea, 9. ff. de postulat. l. 4. Cod. de jur. fisc.* ita Mansuer. *in sua prax. tit. de success.* Nicol. Burgund. *ad consuetud. Bland. tract. 6.* Christ. *vol. 2. decis. 32. & seq.* Buf. *ad tit. 6. ff. de evict.* Diodor. Tulden. *in breviar. ad Cod. tit. de testament. num. 5.* Mihi prior sententia probabilior videtur, & errare posteriorem sequentes in eo, quod existimant etiam eas testamentorum leges, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipsam de qua disponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum interfit inter formam seu ritum disponendi, & rem ipsam, quæ subjectum est dispositionis, seu id, de quo fit dispositio. Omnino enim in universum plurimum refert, utrum statutum quid constituat circa actus alicujus solemnitatem: an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ statuta in rem concipiuntur, rem ipsam haud dubie afficiunt; ut ubicumque sit, ejus loci ubi est, legibus obstringatur. Qualia sunt, quæ de successionibus ab intestato disponunt, Schurff. *cent. 1. consil. 6. num. 1. & 2.* Gail. *observ. 124. n. 4. & seqq.* Sic apud nos licet quantum ad res mobiles serveretur jus successionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen soli custoditur jus ejus loci, ubi sitæ sunt, Grot. *lib. 2. intr. d. cap. 2. in fin.* Eodemque jure censenda sunt, & statuta, quæ citra habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisf. permissum esse de bonis maternis cæterisque adventitiis testamentum condere, ut in plerisque locis Belgii. Leonin. *lib. 6. emend. cap. 3. in fin.* Perez. *ad tit. C. qui testam. fac. num. 9.* hoc testamentum non valebit iis in locis ubi filiusfam. jus faciendi testamentum non habet, sicut in Frisia, ubi etiamnum obtinet jus civile, Sande *dict. lib. 4. de fin. 1. add.* Gail. *dict. lib. observ. 124.* Gomez. *ad leg. 3. Tauri num. 29.* Quibus autem statutis aliquid cavetur, quod ad actus solemnitatem duntaxat pertineat, cum ea neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed formam solummodo actus, qui fit in loco statuti aut consuetudinis, rationi & juri magis consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam cum actuum solemnia ad eorum spectent jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. ff. de eviction. l. 3. in fin. ff. de testib. l. 2. Cod. quemadm. test. apert. l. 9. l. ult. Cod. de testam.* consequens est, ut actus secundum jus & consuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigoreni suum obtineat, & ejus jutis, cui persona testatoris subjecta est, potius ratio habeatur quam loci bonorum, quæ illius sunt, accessio. Ac videtur testamentum in hoc sapere naturam contractus. Utique hoc posito, quod nemo negat, testamentum valere, rationis est, ut ex eo quoque universa bona hæres consequatur, cum titulus ex testamento sit universalis & individuus. Et alias contra rationem juris testato decedere volenti pluta testamenta essent condenda, cum ex contrario testamentum unius tantum unum esse possit: aut quod absurdum est, unum idemque testamentum diverso solemnitatum jure instruendum esset, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversorum locorum placita aut mores dijudicari oporteret. Peck. *de testam. conjug. lib. 4. cap. 18. in fin.* Sande *d. defin. 14.* ubi etiam prudenter temperat novam distinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco testantem secundum consuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis responsio est. Quale est illud quod cum statura sint localia, ubi cessat jurisdictio statuentium, ibi & cessare debeat statuti dispositio, juxta vulgatum illud: Extra territorium jus dicens nihil agit, *leg. ultim. ff. de jurisd.* Negamus enim eos, qui circa actus testamentarii solemnitatem aliquid statuunt, observandum in territorio suo, etiamsi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici posse, propterea jus dixisse aut statuisse extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco statuti secundum formam a statuentibus præscriptam, ubique vim habere constat: nemo tamen est, qui ex eo colligat, tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia, quod alibi quoque hujusmodi actus, valeant, non nisi ex consequentia quadam fit, non autem directo vi ipsius statuti, quod tantum disponit de eo, quod ad jurisdictionem statuentium pertinet. Et hoc est quod Salicetus

ictus in *l. 1. C. de summ. Trinitate*, statutum concernens, solemnia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum illud validando. Ex eo autem, quod a Papiniano in *l. 9. ff. de postulat.* responsum est, eum qui prohibitus est, pro alio postulare ex causa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis postulare non posse, in qua Præses fuit, qui sententiam dixit, in alia vero posse, quid argumenti magis contra, quam pro communi sententia elici possit, ego non video; sicut nec ex eo, quod constituitur in *l. 4. jur. fisc.* ut prædia *vacantia* in fiscum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis distracta sunt, nisi specialiter id eis Princeps concesserit ut ea sibi possent retinere: ut tamen non arceantur a successione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæso, hæc species commune habet cum illa nostra judicio proposita? Plane, si lex expresse jubeat testatores sequi ejus loci jus, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Christinæus & Tuldenus, *ubi supra*, Perezius, *in Cod. de testamentis num.* 21.

CAPUT XX.

An liberis suis hæredibus præteritis a patre totum testamentum sit ipso jure nullum etiam hodie. Novell. 115. cap. 3.

INterpretes vulgo ex eo, quod *auth. ex causa, Cod. de liber. præter.* generaliter & indistincte ab Irnerio concepta est hoc modo: *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones: cætera namque firma permanent*: colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novissimo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse, quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommissa, &c. atque hactenus etiam in proposito jus vetus relatum in *leg. 1. l. filio præterito, 17. de injust. rupt. test.* mutatum esse, Bartolus *in dict. auth. num.* 3. Covarruv. *in cap. Raimutius extr. de testam. §. 6. num. 3. & seqq.* Clar. §. *testament. qu. 5. 2.* Graff. *in dict. legatum quæst. 67. num. 7.* Gail. 2. *observ. 113.* Fachin. 6. *controv. 77.* Bronch. *cent. 3. assert. 29.* usque adeo, ut contendant irrito facto testamento, sic enim loquuntur, ex causa præteritionis paternæ, legata & fideicommissa actione ex testamento peti posse, quasi etiam tale testamentum jure novissimo valeat pro his, quæ in eo relicta sunt, Gail. *dict. observ. 113. in fin.* Doncll. *in dict. auth. ex causa 12.* Duar. *ad tit. de injust. rupt. irrit. test. cap. 2.* Fachin. 4. *contr. 40.* Sed quantum ego judicare possum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non bene Irnerius *d. auth. ex causa*, his verbis concepit: *Ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum est testamentum, &c.* cum dicere debuerit, testamentum irritum constituitur aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota illa sua constitutione, *Novell. 115. cap. 3. & 4.* unde decerpta est *dict. auth. ex causa*, tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hæreditas; sed quæ postea propter iniquam exhæredationem vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt; non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat, *ἀκύρωτον* irritum constitui, & *ἀνατρέπεσθαι* subverti, rescindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippe irrita fieri, aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Quæ autem nunquam constiterunt, sive quæ ab initio non jure facta sunt, irrita quidem esse recte dicimus, at non irrita constitui aut fieri: in quam rem a nostris allegatur *lex 5. ff. de injust. rupt. test. §. hoc autem, 5. Inst. quib. mod. test. infirm.* Cum itaque Justinianus non dicat, *τὸν διαθήκην μετατίθησι νόμος*, testamento non subsistente, sed *τὴν διαθήκην ἀνατρέπειν*, testamento infirmato, aut irrito reddito *cap. 3. in fin. d. Nov. 115.* & *ἀνατρέπεται τὴν διαθήκην*, subverso testamento, *cap. 4. §. εἰ τὰ τιμώτατα*, non debuit Irnerius dicere ex causa exhæredationis aut præteritionis irritum esse testamentum, sed irritum constitui, aut rescindi. Sed etsi verba constitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem constitutione caventur, verum esse arguunt, quod dicimus, Justinianum de iis solummodo testamentis agere quæ ipso jure consistunt, & ex quibus adiri possit hæreditas. Quomodo enim aut quando scripti hæredes, quod nominatim iis injungitur, exhæredationis causam a testatore expressam probare possent, si ipsi non essent hæredes? aut quomodo hæredes esse possent sine aditione? aut denique adire ex eo testamento, quod constet ipso jure nullum esse? Utique non ante vel aliter testamentum pro verso aut rescisso haberi vult Justinianus, quam si scripti hæredes quærentibus exhæredatis excluſi sint a probatione causæ ingratitudinis, sive quod testator ipse nullam allegaverit, sive allegaverit aliquam, quam hæredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa causarum ingratitudinis in *dict. Novell. 115. cap. 3.* definitio. De his enim causis apud centumviros, in judicio querelæ inofficiosi solum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis testamentis Justinianum agere, quam quæ inofficiosa argui, & per querelam everti possunt; & consequenter non de aliis, quam quæ ipso jure valent: quale non est testamentum patris, in quo liberi præterici: hoc enim ab initio ipso jure nullum & inutile est, *leg. 7. ff. de lib. & posthab. leg. 1. ff. de injust. rupt.* adeo, ut nec ex post facto aut lapsu temporis unquam convalescat, *princip. Instit. de exhæredat. liber. leg. 7. de injust. rupt. test.* Denique quod pro parte tantum rescinditur, necesse est ab initio constitisse. Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: nisi quis dicat, quod quibusdam visum est, Justinianum omnem præteritionem exæquasse exhæredationi, sublato veteri discrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Justiniano propositum fuisse nequaquam credendum est. Cur enim si hoc discrimen & jus vetus tollere voluit, id non expressit, uti fecit antequam causas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? Nec enim unquam solet Justinianus quicquam mutare ex jure antiquo sine præfatione & commutatione causæ, qua impulsus id facit. Animadvertere illi debuerant Justinianum

num *dict. Novell.* 115. *cap.* 3. non aliter loqui, quam *in princip. Inſtit. de inoffic. teſtament.* aut quam Marcellus loquitur in *leg.* 3. *ff. eod. titul.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos ſuos exhæredes facere aut præterire, niſi forſan probantur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis accipienda ſunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *dict. princip.* & *dict. l.* 3. alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri conſtat. Liquet hoc ex eo, quod Juſtinianus in *dict. Novell.* 115. *cap.* 1. aperte profitetur hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exhæredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie eſt, quæ vel ex exhæredatione vel ex præteritione Infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. Papinianus*, 8. *in princip. ff. de inoffic. teſtam. leg.* 4. *verſ. quod ſi fuiſſet*, *circa med. Cod. de lib. præter.* Nam etſi a patre quoque præteritis injuria inferebatur, non inferebatur tamen eum effectu; quippe cum ex ea cauſa teſtamentum patris prorſus inutile & nullius momenti eſſet. Ea hæredatis autem a patre, aut etiam præteritis a matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quamquam vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quocumque titulo liberis, quantumvis obſequentiſſimis, relicta fuerat, injuria illa manebat, §. *ſed hæc*, 3. *Inſtit. de inofficioſ. teſtamen.* cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſet, liberos vel hæredes inſtitui, vel exhæredari addito elogio. Cæterum, quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria facile tollitur reſciſſa inſtitutione hæredis, ſufficere etiam ei viſum fuit inſtitutionem ſolam reſcindi, ſalvis cæteris teſtamenti capitibus, cum olim querela omnia reſcinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum ab initio nullum eſt. Omnino enim explodendus eſt eorum error, qui putant filium etiam non rite a patre exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire potuiſſet. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in poteſtate teſtamentum ipſo jure nullius fuiſſe momenti? Nec vero dominus pro præterito habebatur, aut nullum erat teſtamentum, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque hæredes inſtituti erant, neque ut oportet exhæredati, §. *idem*, 12. *Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt.* Quod vero Ulpianus *l.* 8. §. *ſi quis*, 6. *ff. de inoffic. teſtam.* ait ſecure eum teſtari, qui mortis cauſa quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu filium præterire, ſed poſſe ſecure exhæredare hoc effectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Sed neque pertinet *dict. Novell.* 115. *cap.* 3. ad ea teſtamenta in quibus liberi poſthumi aut emancipati a patre præteriti ſunt, quamvis illa jura ſubſiſtant: nam iſtorum nativitate teſtamentum ſumpitur ipſo jure, & in totum infirmatur: his præteritis per contra tabulas bonorum poſſeſſionem evertitur, §. 1. & §. *emancipatos*, 3. *Inſtitut. de hæred. liber.* ut proinde ne hic querelæ, de qua una in *dict. Novell.* agitur, ſit locus: quippe, quæ non datur, allo jure ad hæreditatem parentum liberi venire poſſunt, §. 2. *Inſtitut. de inoffic. teſtam.* nec quicquam ex hoc jure expreſſe mutatum reperitur. Quamobrem cum ut ſatis abundeque demonſtravimus, tota ſanctio Juſtiniani in *dict. Novell.* 115. *cap.* 3. ſpectet liberos, quibus ab hæreditate patris excluſis nec Prætorio jure ullum remedium competit, ſed tantum una querela inofficioſi teſtamenti; ex cauſa autem præteritionis paternæ teſtamentum vel ipſo jure nullum ſit, vel rumpatur agnitione ſui hæredis, aut data bonorum poſſeſſione contra tabulas evertatur: in univerſum dicendum eſt, non ad alios liberos eam Juſtiniani conſtitutionem pertinere, quam qui legitime a patre ſunt exhæredati: nec poteſt ea produci ad præteritionem paternam ſine inſigni liberorum, quibus conſulere voluit Juſtinianus, læſione. Matris autem præteritio pro exhæredatione ſemper repurata fuit. Ac proinde liberi a matre præteriti neque civili jure, neque Prætorio teſtamentum turbare poſſunt, non magis, quam a patre exhæredati: ſed his unicum tantum adminiculum ſupereſt, videlicet querela inofficioſi teſtamenti, §. *ultim. Inſtit. de exhæred. lib.* 8. *princip. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe teſtantur Bartol. & Jaſon *in dict. auth. ex cauſa*, quos ſecuti Cujac. *in leg. filio*, 17. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* Govean. *in l.* 1. *ff. de vulg.* & *pupp.* Ant. Fab. *l.* 9. *conject.* 14. & *dec.* 20. *err.* 4. Giken. *in d. auth. num.* 1. & *ſeqq.*

Sunt qui intereſſe exiſtimant, utrum præteritio facta ſit a patre ignorante ſibi liberos ſupereſſe, an a ſciente: illo caſu totum teſtamentum irritum eſſe, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa ſalva manere, quæ ſententia præjudiciis Cutiarum ſupremæ jurisdictionis robur accepit. Antonius Fabro *Cod. ſub form. de lit.* & *poſth. defin.* 1. Chriſtin. *volum.* 4. *deciſ.* 9. & probatur Diodoro Tuldeno *in comment. Inſtitut. de inoffic. teſtament. cap.* 1. In hiſce autem regionibus paſſi neceſſitatem exhæredandorum liberorum, ſi hæredes non inſtituantur, non agnoſcimus, utpote, quæ ſuorum tantum hæredum propria eſt, quales hæredes nos non habemus: ſed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum §. *ſed ſi*, 6. *Inſtitut. de exhær. lib.* intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quia tanquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronunciatione Judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, ſi inique & contra officium pietatis exhæredatio aut præteritio facta proponatur, Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 18. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 20. *num.* 8. Groenevv. *de leg. abrogat. ad tit. Inſtitut. de exhær. lib. in princ.*

CA-

CAPUT XXI.

Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum ex Novell. 115. nullum sit, an jure adhuc subsistat, & ad aliud rescindendum querela sit opus?

ELegans quæstio est, utrum si exhæredatio facta sit omisso elogio, id est, sine expressione causæ ingratitudinis, testamentum ex constitutione Justiniani *Novell. 115. cap. 3. & 4.* nullum sit ipso jure, an jure adhuc subsistat, & ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus. In hac quæstione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exhæredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata a Glossa in *leg. 1. ff. de inofficios. testament.* probata plerisque Interpretibus in *auth. ex causa Cod. de lib. prat.* Clar. §. *test. qu.* 40. Gomez. 1. *resolut.* 13. Covarruv. *in cap.* Rainutius *part.* 1. *num.* 7. *cap.* 16. VVesemb. *part. de inoffic. test. num.* 7. & late defensa a Bach. *ad pract. Instit. eod. tit.* Cæterum, ut plurimis hæc sententia placeat, non desunt tamen qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam testamenti solemnitatem rimumve exhæredationis pertinent; sed tantum de causis, ob quas facta exhæredatio, juste vel injuste facta intelligatur. At injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Quamobrem nos contra sic statuimus, etiam post *dict. Novell. 115.* dummodo liberi quicumque erunt, rite sint exhæredati secundum formam juris, scilicet nominatim, pure, simpliciter, quamvis aut nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Vide enim, quæso, quæ superiori sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi mancipati; etiamsi præteriti sint sine elogio, qui numquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredari nativitate rumpatur ipso jure testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: delebitur, §. *emancipatos*, 3. *item* §. *sed hæc quidem*, 15. *& §. ultim. Instit. de exhæred. liber.* Deletur ferme in totum *tit. ff. Cod. & Instit. de inoffic. testam.* Quis vero credat tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui nunquam solet quicquam de jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *dict. Novellæ 115. cap.* 3. circa fin. & *cap.* 4. §. *si tales* 9. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent scripti hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut ipse loquitur, *εἰ μὲν ἰδία ἰσχύει διαφωνῶν, εἰδὲ ἰδίαν ἴσχυν οὐκ ἔχει*, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis *κινεῖσθαι & ἀναιρεῖσθαι*, quæ de iis tantum prædicari solent, quæ ab initio constituerunt. Quo vero remedio revertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exhæredationis habet, supererat. Arguit hoc diligens illa causarum ingratitudinis, de quibus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Adhæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exhæredatis aut præteritis testamentum potestate dict. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti hæredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit exclusa scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis duntaxat prospectum voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed promiorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hæreditate excluderentur. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exhæredatio habeat, unum hunc, ut absolvat testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, quamvis injusta sit, alterum, ut exhæredatum summoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis, posteriorem tantum effectum restringere voluit Justinianus, priore in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis quæ *dict. Nov. 115. cap.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget & postulabit, ut testamentum rescindatur, rescque redigatur ad causam intestati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni licet causa adjecta non sit. Falsum enim est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione ampliius non haberi, sed ex hac causa non minus nullum esse testamentum, quam si pater præteriisset, nisi præteritioni additum sit elogium: quippe qui contra rationem juris necessitatem exhæredandi illic introducunt, ubi non est sultas, *l. 11. ff. de lib. & posth. l. 4. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.* Proinde nihil quoque interest parentes a liberis exhæredati sint, an præteriti, nam hæc in linea ascendentium nihil differunt. Ita concludimus cum Fulgos. & Donell. *in dict. auth. ex caus.* Duar. *cap.* 3. *ad tit. de inoffic. testam.* Vigl. *ad rubr. inst. eodem*, Cujac. *ad Novell. 18.* Vasq. *lib. 2. de succ. creat. §. 20. num. 162. & seqq.* Fachin. 4. *controvers.* 9. Gudelin. *lib. 2. de jur. novissim. cap. 4.* Perez. *in Cod. tit. de lib. prat. n. 13.*

Argumenta dissentientium non sunt alia, quin his facile ex iis, quæ jam dicta sunt, occurri possit. Primum est, quod exhæredatio non rite facta pro præteritione habetur; *l. 8. §. 2. ff. de bon. poss. cont. tab.* Esto; sed falsum est quod assumunt, exhæredationem sine elogio factam, rite factam non esse, petuntque

hic

hic sibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, supponentes in exhæredatione omisso elogio facta leges & ritum exhæredationis observara non esse, quod est πάντων ἀθέτησις. Nam, ut supra demonstravimus in tota illa *Novella* 115. *cap.* 3. & 4. nihil cavetur de alia solemnitate aut de alio ritu in exhæredatione observando, quam qui prioribus legibus præscriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut a tota hæreditate & ab omnibus gradibus liberi exhæredentur, *l.* 3. §. 1. *& seqq. l. cum quidam* 19. *ff. de lib. & posth. l. sed sub* 18. *ff. de bon. poss. cont.* §. *sed hæc* 5. *Instit. de exhær. lib.* sed tantum proclivior via sternitur ad querelam inofficiosi testamenti, ubi exhæredatio rite quidem facta est, sed injuriam habere videtur. Non obstat, quod Justinianus expresse jubet causam ingratitudinis testamento inferi; nam idem, si inferta non sit, non vult testamentum ipso jure nullum esse, sed vult illud rescindi, & quidem non in totum, sed pro parte duntaxat, quoad institutionem scilicet hæredis, cætera autem capitula salva manere. Itaque frustra hic objicitur vulgatum illud: Quod contra legem fit, id ipso jure nullum est, *l.* 5. *Cod. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id quod fieri vetat, valere aliquo modo & subsistere patitur suppeditato remedio, quo quod factum est, rescindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Justinianus, de quo nos fusius *l.* 1. *q.* 1. Non majoris pondetis est & hoc argumentum, quod tamen Bachovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam esse titulo institutionis. Ex eo enim minime sequitur, si non sit relicta tali titulo, testamentum ipso jure nullum esse. Sed hæc collectio bona est; ut testamentum maneat ὡς πρὸς ἑαυτὸ ἰσχύν, & ab omni oppugnatione tutum sit, voluit Justinianus bonos liberos & parentes honorari titulo hæredis: ergo si tali titulo honorati non sunt, testamentum non manet firmum, sed oppugnari & expugnari potest. At, inquiunt, exhæredati sine elogio non possunt causa cadere: frustra autem datur actio, in qua non potest actor succumbere. Mira ratio. Ergo frustra est, quod actio de inofficioso datur posthumis exhæredatis, §. 2. *Instit. de inoffic. testam.* item liberis omnibus exhæredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint, quia non possunt non evincere, *l. omnimodo* 30. *Cod. eod. tit.* Considerare debuerant non frustra esse, quod leges testamentum subsistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo memoravi, incidentibus, voluntas defuncti conservetur & exitum habeat.

CAPUT XXII.

An jus accrescendi in hæreditatibus cum aliquo effectu a testatore prohiberi queat?

QUando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur, §. *hæreditas* 5. *Instit. de hæred. instit.* Hoc autem magis est ex subtilitate juris propter regulam, quia nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, *dict.* §. *hæreditas*, quam ex voluntate defuncti, quæ ejusmodi Interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua hæres scriptus est. Quod si, verbi causa, tres singuli ex unica scripti sint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia, commodissime dicitur arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse. Quod secus est, si unus tantum institutus proponatur in quadrante, sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi, & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamento paganorum, *l.* 3. *Cod. de testament. mil.* hoc tamen casu diversum jus est: propter dict. regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, atque uno tantum hærede in certa assis parte a pagano instituto pars hæc reliqua ad se trahit; a milite si idem factum, si residuum hæredes ab intestato ferunt, *l. quærebatur*, 19. *ff. de testam. mil.* quod & in Græcis Institutionibus diserte expressit Theophilus. Sed & si quis institutus fuerit, non ex parte hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo Tusculano, valet institutio detracta rei mentione, *leg.* 1. §. *si ex.* 4. *l. quotiens*, 9. *si duo*, 23. *ff. de hæred. instit.* nisi ei cohæres indefinite aut ex parte assis datus sit: tunc enim legatarii loco habetur, *leg. cohæredi* 41. §. *alt. de vulg. & pup. l. penult. Cod. de hæred. instit.*

Verum & hoc ipsum ex subtilitate juris est, atque ex vi superioris regulæ, ac proinde ad militaria testamenta non pertinet: nam si miles unum ex fundo hæredem scripserit, creditur, quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse, *leg.* 6. *ff. de testam. mil.* Igitur jus nostrum, ut inquit Pomponius, *l.* 7. *ff. de reg. jur.* non patitur eumdem in paganis testato & intestato decedere: quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tamquam agentia & negantia, & ideo eidem subjecto inesse, aut de eodem subjecto pronuntiari non possint ex regula Logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest unum atque eumdem in totum aut secundum eamdem partem & testatum & intestatum decessisse: at non prohibet lex oppositionis, quominus dicamus eumdem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Cæterum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, qua fingitur hæres repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet; ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici repræsentationis genere, & vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Eoque pertinet, quod scribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent.* unius pecuniæ dissimilibus de causis hæredes esse non posse: nec unquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset. Rationem hujus rei hanc affert Gomez, *lib.* 2. *variar. resolut. cap.* 3. quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt: unum & eumdem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræsentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l.* 7. *ff. de regul. jur.* positum esse pro eo, quod recepti passim moris erat: ut & alibi interdum, *leg. in causa*, 16. §. *idem Pomponius*, 4. *ff. de minor. leg. item*, *si* 22. §. 1. *ff. locat.* Nam regula ista e solis

Ro-

Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in testamento militis, unde satis liquet eam non nisi aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula descendit jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. liber homo* §. 3. *l. si ita quis*, 66. *ff. de hæred. instit. l. nn.* §. *his ita*, 10. *Cod. de caduc. toll.* Quamquam non ex causa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hæreditatibus legitimis, *l. si ex pluribus*, 9. *ff. de suis & legit. hæred.* & valet utrobique ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus principiis juris: quorum primum est: Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse, *l.* 4. *Cod. de repud. hæred.* alterum: Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de acq. hæred. d. l. nn.* §. *his ita*, 14. *Cod. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento sive ab intestato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l. hæredi*, 31. *l. si duo*, 38. *l. qui ex duobus*, 53. §. 11. *ff. de acqu. hæred. l.* 9. *ff. de suis & leg. hær.* & accrescunt semper cum onere, aris videlicet alieni & legatorum, *d. l. unic.* §. *his ita Cod. de cad. toll.* Si plures sunt qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non æquo, sed pro portionibus hæreditariis: & in distributionem si permistim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius personæ potestate fungi, ut non plus universi consequantur, quam disjunctorum singuli, *d. l. nn.* §. *hic ita*, 10. *Cod. de cad. toll. l. hæredes*, 63. *ff. de her. instit.* eademque ratio est & hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur; quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei, verum ratione & effectu nonnihil dissimili. Etenim in legatis locum non habet ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum scindi, si concurrant; si vero non concurrant, solidum postposito hærede, §. *si eadem* 8. *instit. de legat. l. unic.* §. *ubi autem* 21. *Cod. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejusdem accretio potest, & si singulis singulæ res legatæ, uno deficiente portio ejus in hæreditate manet, *l. hujusmodi* 84. §. *penult. ff. de legat.* 1. & cum deficientis cohæredis portionem cohæres invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius, portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum sine onere, *d. l. nn.* §. *hic ita* 10. *& seq. Cod. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, si quis solus ex certa parte hæreditatis aut certa re institutus sit, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. Sed qui testator adscripserit, nolle se ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, ita nemo quoque in suo testamento potest cavere, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo potest* 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifestum sit testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dispariliter ei succedatur & ex testamento & ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bartolo totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto: vid. Gomez. 2. *resolut.* 10. *num.* 10. *& seq.* vel raro manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis verante testatore, accrescere hæredi instituto: quæ sententia, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, pater, juri magis est consentanea, & numero etiam suffragiorum vincit testib. Vig. *ad dict.* §. 5. Clar. §. *testamentum quæst.* 74. Christin. *vol.* 4. *decis.* 11. Levia autem valde sunt, quæ huic sententiæ objiciuntur, & præsertim a D. Bronchorstio, *l. b.* 2. *misc. cent. assert.* 14. quale primum illud est quod Ulpianus in *leg. quotiens*, 9. §. *si duo*, 13. *ff. de hæred. instit.* scribit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patrisfamilias manifestissime refragatur unde sic ex contrario recte colligi putat, si paterfamilias expresse voluit eos contentos esse iis rebus aut partibus, ex quibus instituti sunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accrescant, eo casu pro parte testatum decedere, neque ad hunc casum superiorem regulam pertinere. Vitiosa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio est: quippe Jurisconsultus his verbis *si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur*, non hoc significat si testator prohibuerit reliquam portionem accrescere institutis, eam relinquendam esse hæredibus legitimis, atque ita contra quam juris ratio patitur, eumdem & testato & intestato posse decedere: sed longe alia istius clausulæ sententia est, nempe quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res nec partes essent nominatæ, in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducerur hæc inæqualitas, non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto* 35. *ff. de hæred. instit.* Putat prætetea Dom. Bronchorstius satis probari posse testatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte testato decedere, & sic cavere, ne residuum hæredi instituto accrescat, per *leg. pro to* 89. *princ. vers. idem dicemus ff. de leg.* 2. Proponitur ibi hæres ex asse scriptus his verbis a testatore rogatus; *Peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret; contentus sit centum aureis*; & ait Papinianus tale fideicommissum valere. Ergo, inquit Bronchorstius, legitimi hæredes hic in residuo ab intestato succedunt. Hoc, inquam ego, levius primo est, & aperte falsum. Nam cum hæres institutus retenta vel deducta certa re aut summa rogatus est hæreditatem restituere, aut quod vi ipsa idem est, certa summa contentus esse ejus, qui testamento non facto legitimus hæres futurus esset, gratia, ut in specie proposita, non duo diversi generis hæredes hic defun-

defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento, alter ab inteſtato: ſed uterque ex teſtamento, alter directe, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu hæres fiduciarius reſtituta hæreditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius: fideicommiſſarius ſolus hæredis locum obtinet, actioneſque hæreditarias ſolus & exercet, & excipit, §. *ſi quis una* 9. *Inſtitut. de fideic. hæred. l. ſi legatus* 30. §. 3. *ff. ad* SC. *Trebell. l. pen. Cod. de hær. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum decedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum hæredi teſtamentario accreſcat, adducit Dom. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *l. ſi quis ita* 85. *ff. de hæred. inſtit.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita hæres inſtituatur, *ſi legitimus hæres vindicare velit hæreditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione, & hærede legitimo hæreditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento hæres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obreſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio, παρεμπωσεως. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *l. dominus* 57. §. 1. *ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies a Papiniano proponitur: Teſtator liberis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum reliquit: deinde hæres ſcriptus diſtinctione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquandiu præſtitit, mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive conſideicommiſſariis, an vero ad hæredem revertatur? Et ait Papinianus, partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad hæredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde appareret, non plus quemquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam tolleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſuppetit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo hæredes diverſo jure ſuccedentes, alter eſt ex teſtamento, alter ab inteſtato? Nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita & prohiberi a teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud hæredem maneat. Atque hæc eriam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum; nempe quia teſtator intelligitur noluiſſe hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus non eſt juri alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt, *l. in agris* 16. *ff. de acq. rer. dem.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur, *l. ſi Titio*, 33. *in fin. ff. de uſufr. d. l. dominus* 57. §. 1. *ff. eod. l. alimenta* 16. §. 2. *ff. de aliment. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam priot illa Bartoli aut Bronchorſtii, eſt tamen & media quædam quam proponit & tuetur Salicetus in *leg. pennlt. Cod. de hæred. inſtitut.* & a qua non abhorret doctiſſimus Barbovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus hæres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe hæres fiat, cæterum hanc ejus vim eſſe, ut hæres ille ex certa parte aut re ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tamquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hæreditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento a ſimili, quale proponitur in *leg. ſi quis* 29. *ff. ad* SC. *Trebell.* & §. 3. *Inſtitut. quib. modis teſt. infirm.* item in *leg. ex facto* 17. *princ. ff. ad* SC. *Trebell.* & fac. *l. pete* 69. *in fin. princ. ff. de leg.* 2. Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: immo magis placet, quam ſuperior illa communis, quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *dict. leg. quotiens* 9. §. *ſi duo* 12. *ff. de hæred. inſtit.* de qua ſupra. Excogitavit & Vigilius noſter mediam ſententiam: ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas teſtator ſcriptum hæredem habere noluit, inſtitutionem, qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Vigilius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato, partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani, Grot. 2. *introd. cap.* 12. Gudelin. 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. Chriſtin. *volum.* 1. *deciſ.* 51. & *deciſ.* 312. & *volum.* 4. *deciſ.* 10. An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo; Vid. Chriſtin. *d. deciſ.* 58. Gudel. *d. c.* 5. Groenew. *de legib. abrog. ad* §. *hæreditas* 5. *Inſtitut. de hæred. inſtitut.*

CAPUT XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſub hæredi a patre factæ extitiſſe intelligatur ut ſubſtituto fiat locus? & an jus fruitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

COndicio hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si hæres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate hæredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo hærede qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hæreditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejuſdem qualitatis hærede qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe hæres erit; neque hæreditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit; *l. ſi paterfamil.* 40. *ff. de hæred. inſtit.* In quo hærede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi hæres eſſe non poterit, quod fit, ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim niſi liberos liquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hæreditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento hæres non extiterit eo quod bonis paternis ſe immiſcere noluit. Nam etſi ſuus hæres ipſe jure hæres exiſtat, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro hærede, § 3. *Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. t. in ſuis* 14. *ff. de ſuis & leg. hær.* & ideo non eſſe ſine hærede dicatur, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem habet, *l. cum quaſi* 30. §. *ſed & ſi* 10. *ff. de fideic.*

fideic. libert. quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *l.* 12. *ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. filius* 41. *& l. ſeq. l. uls. de acq. hæred. l. paterfamil.* 28. *ff. de reb. auct. judic. poſſeſſ.* Tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum: *Si filius mihi hæres non erit*, ex mente & voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur atque approbat, *διάνοια* non ſeu nuda iſta exiſtentia ut male Theophilus exiſtimavit; ſed immiſtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda eſt, ſubſtitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, ſed reipſa & cum effectu hæres factus eſt. Sic Juriſconſulti in *leg. non ſolum*, 67. *ff. de vit. nupt. l. ſi poſt* 78. *ff. de legat.* 1. aperte negat filium, qui abſtinuit, patri hæredem extitiſſe: nec Prætor hunc hæredis loco habet, *l. ſi filius* 12. *ff. de interrog. in jur.* Er alioqui ſi nullo modo efficere filius poſſit, ut non ſit hæres, fruſtra ei ſubſtitutus daretur in eum caſum, quo hæres non erit, quo procul dubio continetur etiam caſus, quo non vult hæres eſſe. Enimvero ſi filius patris ſuperſtes deceſſerit non declarata voluntate ſuper immixtione, hic excluderetur ſubſtitutus propter tranſmiſſionem hæreditatis ipſo jure quæſitæ nec derelictæ, aut repudiatæ *l. Lucius* 45. *ff. de vulg. & pupill. l.* 3. *Cod. de jur. delib. junct. l. nn.* §. 5. *& §. cum autem* 13. *Cod. de cadueit. tollend.* Porro ex his apparet verum non eſſe quod plerique tradiderunt, quos ſequitur Fach. 4. *contr.* 71. filium qui vulgarem ſubſtitutum a patre acceptit, deſinere eſſe ſuum hæredem. Illud quidem recte dicitur & omnino dicendum videtur, ſuum hæredem, qui in caſum vulgarem ſubſtitutum accepit ex neceſſario hærede fieri voluntarium & id quidem ex ratione ipſius juris civilis quo ſcilicet patri permiſſum, neceſſitatem iſtam ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur dato filio vulgari ſubſtituto; ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure Prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *leg. verba* 22. *ff. de condit. Inſtitut. l.* 4. *princ. l. jam dubitaqi* 86. *ff. de hæred. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt per ſubſtitutionem vulgarem in totum rolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui hæredis annexa ſit neceſſitas, eſt tamen diverſa qualitas a ſuitate, atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure hæres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent; ex eo quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere, *l. neceſſariis* 53. *ff. de acquir. hæred.* quamquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum liberorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario hærede facere voluntarium, *l.* 12. *ff. de condit. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi hæredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium hæredem facit, ſuum tamen hæredem non facit: ut recte Goveanus in *leg.* 2. §. *ſed ſi quis* 5. *num.* 35. contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi ſententia facit *leg. ſi filius* 16. *ff. de lib. & poſthum.* Neque enim in caſu illic propoſito ſubſtitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius ſuus hæres eſſe deſinat, ut male colligit Bartolus; ſed hoc, ut filius interim decedens prætorito poſthumo non poſſit videri hæres fuiſſe ab inteſtato, quoniam ſubſtitutus teſtamentum ſuſtinet, nec ex eo filius hæres exiſtere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum poſthumi naſciturі, de quo ſuſe Anton. Fab. *derciſ.* 32. *err.* 8. Similiter cum Prætor liberis neceſſariis hæredibus poteſtatem facit abſtinendi hæreditate, eoſque liberat ab oneribus hæreditariis ſi velint hæreditatem derelinquere, §. 2. *Inſt. de hær. qual. & diff. dict. leg.* 57. *ff. de acq. hæred.* neceſſitatem tantum tollit, non ſuitatem; ex neceſſariis hæredibus facit voluntarios, non ex ſuis extraneos: quippe cui poſitum non nocere liberis, ſed prodeſſe *l.* 12. *ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Itaque quemadmodum poſt datam a Prætore ſuis & neceſſariis hæredibus abſtinendi poteſtatem, nihilominus ſui hæredes manent, ipſoque jure & ignorantes hæredes fiunt, ac creditoribus paternis, obligantur, §. 2. *Inſtit. de hær. qual.* §. 2. *Inſt. de hær. quæ ab int. delic. leg.* 57. *de acq. hær.* quamvis reſpectu beneficii Prætorii, quo fit ut in eo actio non detur, *l.* 2. *ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent, *l. nam nec* 89. *ff. de legat.* 1. & conſequenter quemadmodum hic mancæ idem ſuitatis effectus, videlicet ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad hæredes quoslibet tranſmittat, *l.* 3. *Cod. de jur. delib. l.* 7. §. 1. *ff. de acq. hæred. l.* 19. §. 2. *ff. de caſt. pec. l.* 8. *Cod. de ſuis & leg. lib.* ita quoque dicendum eſt, filium, cui in eum caſum, quo hæres non erit, ſubſtitutus a patre datus eſt, licet neceſſarius hæres eſſe deſinat, idque ex ratione ipſius juris civilis, non tamen deſinere ſuum hæredem eſſe, cumque ante immixtionem aut abſtentionem decedentem hæreditatem ad quoſvis hæredes tranſmittere excluſo ſubſtituto. Quod ſi per ſubſtitutionem vulgarem tolleretur jus ſuitatis, nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari expreſſa pupillaris, contra quam utimur, *l.* 4. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* denique & tranſmiſſo, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſte, tertium, *argum. l. nn.* §. 5. *& §. cum autem* 13. *Cod. de cad. toll.* ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hæreditatem non aditam tranſmittunt ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub *tit. Cod. de his qui aut. ap. tab. hær. tranſm.* Nimirum jus tranſmittendi, quod ſolit antea ſui hæredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti Juſtinianus illic extendit ad perſonas lege Theodoſii comprehenſas. Inſignis itaque error eſt Joann. Deckeri qui *lib.* 1. *diff.* 14. *num.* 43. ut communem opinionem tueatur, nimirum per ſubſtitutionem vulgarem jus ſuitatis omnimodo tolli, aſſerit idem per vulgarem ſubſtitutionem ſuo hæredi factam tolli jus tranſmiſſionis, quod ex jure ſuitatis eſt: quia ſuus hæres inſtiturus non aliter ex teſtamento hæres fit, quam ſi ſe immiſceat. Notiſſimi enim juris eſt, ſuo hæredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim & ipſo jure hæredes exiſtere, §. 2. *Inſtit. de hæred. qual. l.* 1. §. 6. *ff. ſi quis omiſſ. cap. teſtam.*

& clausis adhuc tabulis, *l. 3. Cod. de jur. delib.* Concludendum igitur substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum voluntatis ut loquuntur, & abstinentiæ duraxat, utique si filius patri supervixerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui succedendo rumpant, dubium non est, quin substitutioni locus sit, Zas. *tr. de substit. cap. 1. in quart. effect.* Gomez. 1. *resol. cap. 3. num. 15. 16. & 24.* Christin. *vol. 4. decis. 16. num. 4.* Dom. Joann. a Sande *lib. 4. dec.* Cur. Frisc. *tit. 3. defin. 1.* ubi plures allegat: & optime Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Disp. 11. thes. 7.* Illud quoque mihi persuadeo, ut hoc obiter addam, abstinere filio suo hærede, quo casu substitutum admitti supra diximus, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ: *Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto*; quamvis Anton. Faber, *decad. 32. err. 7.* contendat non ipso jure substitutum hoc casu hæredem fieri, sed a Prætore tantum ad bona admitti. Etenim suus hæres se abstinens, tantum secundum quædam hæres adhuc manet, secundum alia sanciarur & enervatur fictio, ut in proposito: ubi & leges ipsæ se quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abstinente, veri hæredes sint, qui ab intestato veniunt. Sed hoc *ei nævio*.

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris est, sub expressa substitutione vulgari falla filio impuberi continetur & pupillaris, ita ex converso sub expressa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLim qui sibi, & liberis suis impuberibus in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio prudentum, ut credibile est, disjunctiva hac & gemella substitutionis formula, quam Modestinus in *l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. subst.* duplicem appellat, usi fuerunt: *Si filius mihi hæres non erit* &c. propterea quod vel ex plurium sententia, substitutio vim suam non excrebat ultra casum expressum, vel quod ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Imp. Marci & Veri constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur; sive filius hæres non extiterit, sive extiterit & impubes decesserit, *l. 4. pr. ff. de vulg. & subst.* Quod jus & ad compendiosam duorum impuberum substitutionem hoc communi verbo, *eosque invicem substituo*, factam, tractum est, *d. l. 4. §. 1.* Et quidem extra controversiam positum est, vulgaris substitutionis casu expresso contineri etiam casum pupillaris, veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat: *Si filius hæres non erit, Titius hæres esto*: hic enim, ut inter omnes convenit, etiam in alterum hunc casum, *Si filius hæres erit, & impubes decesserit*, Titius substitutus intelligitur; nisi voluntas testatoris aperte refragetur, *d. l. 4. in fin. ff. & l. 4. Cod. eod.* Quod autem pupillaris quoque substitutio hic admittitur: id fit ex sola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile sit patrem, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius hæres non esset, voluisse, quoque eumdem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur hæredem a parte accipere, *l. Julianus 42. ff. de acq. hæred.* In voluntate autem testatoris manifesta hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet & in casum secundum esse substitutus contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressim in casum secundum substitutum dedit, §. 3. *Instit. de pupill. subst.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum casum substitui non potest; quod cum sit, palam est testatorem in eum duraxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredem substitui poterat, *l. 4. §. 2. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. subst. l. 2. & l. 4. Cod. eod.* Excipiendus etiam casus singularis in *leg. ult. Cod. de inst. & subst.* ubi Justinianus non vult substitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adversus matrem cohæredem posthumo daram, si viva ea posthumus natus impubes decesserit. Jus singulare ostendunt verba illa, *in hac specie in hujusmodi casu*. Non obstat *l. 8. Cod. de impub. & al. subst.* quia loquitur de substitutione militis, quæ facta in unum casum non extenditur ad alium. Quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, aut prout verbis expressa est, voluntate æstimantur, *l. in testam. 6. Cod. de testam. mil.* Donel. *in d. l. 8. n. 5. & 6.* Vil. *ad pr. Instit. de pup. subst.* Bronchorst. 4. *assert. 4.*

Cæterum, an ex contrario expresso casu substitutionis pupillaris secundo dicendum sit contineri etiam casum vulgaris seu primum, non est æque expeditum. Et communis quidem sententia est expresso secundo primum quoque casum comprehensum intelligi. Gloss. & DD. *in dict. leg. 4. ff. de vulg. & pup.* Mantic. *lib. 5. de conject. ult. tit. 3. num. 3.* quam sententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur a magnis viris Lancell. Polit. *de subst. pup. qu. 8. num. 39.* Vigl. *ad princ. Inst. de pup. subst.* Anr. Fab. *dec. 32. error. 9. & 10.* qui in contrarium eunt, ac serio contendunt, nunquam in substitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etsi numero Interpretum nobiscum sentientium superiores sumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc esse existimamus, nisi & legum auctoritate vincimur ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modestinum in *d. l. 4. pr. de vulg. & pupil. subst.* quæ hæc sunt: *ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisse intelligatur.* Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum casum*, quomodo loqui debuerunt, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum e duobus sine ulla distinctione, primus, an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini interminis hanc quæstionem proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2. vers. hoc itaque*. Qui duo habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto puberem impuberi substitut in eum casum quo impubes hæres existere,

ſiere, & intrà pubertatem moreretur: ait Juriſconſultus hoc caſu fratrem impuberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi Juriſconſultus monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntaxat caſum, hoc eſt in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, nempe in pupillarem, videri debeat impuberi ſubſtituiſſe? At hujuſmodi quæſtioni poſt Divorum Marci & Veri conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter, ſive ſolum in primum, ſive ſolum in caſum ſecundum. Diſerte autem dixi, cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, pubes ſcilicet & impubes: quia ſi verborum compendio mutuo ſubſtituti ſint hoc modo, *eoſque invicem ſubſtituo*, in vulgarem tantum modo caſum reciproca ſubſtitutio facta intelligitur. Quippe in tali ſpecie incongruens viſum eſt, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris, *diſt. leg.* 4. §. 2. *ff. l.* 2. *Cod. eodem*. Mantic. *diſt. tit.* 3. *num.* 6. Gowean. *ad diſt. leg.* 4. *num.* 13. *in fin.* Duar. *ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. cap.* 15. A ratione quoque non magis alienum eſt hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum caſum ſubſtitutus intelligatur quoque ſubſtitutus in ſecundum. Immo fortior eſt voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc quod etiam Chriſtineus *volum.* 4. *deciſ.* 11. *num.* 4. notavit. Nam cum pater filium hæredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus eſt conſecuturum eum, quem filio hæredi facto ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe, etiam filio hærede non exiſtente ſibi hæredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expreſſe ſibi tantum hæredem fecit.

Et hoc autem vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum, qui contra ſentiunt: nam auctoritate quidem illi nulla nituntur: niſi quod Antonius Faber nobis objicit Javolenum in *leg. paterfam.* 28. *ff. de rebus auctor. judic. poſſeſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem Juriſconſultus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris hæreditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere, & creditoribus ejus reſpondere teneatur: an vero hæreditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quod ſi inde colligat Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem pupillo abſtinente, hæreditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegatis nec legitimos hæredes abſtinere pupillo poſſe patris hæreditatem cernere, ut bene contra Fabrum diſputat Bachovius ad Treutler. *volum.* 2. *diſputat.* 11. *theſaur.* 8. *lit. F.* Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit quæſtione a Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quidem, quod ad iſtam quæſtionem attinet idem videtur ſenſiſſe Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a Marcello & Ulpiano in *leg. Julianus* 42. *princ. ff. de acquir. hæredit.* Levicula autem ſunt, quæ de ordine ſententiæ communi objiciuntur, quod nempe hic ſit naturalis ordo, ut a caſu primo tranſeatur ad ſecundum, non vice verſa, *leg.* 2. §. *prius autem* 4. *ff. de vulg. & pupil. ſubſt.* quod abſurdum ſit in acceſſorio, quale eſt teſtamentum filii, contineri principale ſeu teſtamentum patris. Quando enim conjunctum eodem tempore, iiſdemque tabulis ac contextu pater ſibi & filio teſtamentum facit, nihil refert, a ſuo, an a filiis incipiat: *diſt. leg.* 2. §. *ſed & ſi* 6. atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus eſt ordo; *l.* 24. *ff. de pecul. leg.* ac proinde, etſi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione conſtitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in ſpecie propoſita haberi debet, ac ſi a caſu primo initium ſubſtitutionis pater feciſſet. Agitata fuit hæc quæſtio tam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib.* 7. *Inſtitut. orat. cap.* 7. meminerunt. Coponius poſthumum hæredem inſtituerat, eique, ſi antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium hæredem ſubſtituerat. Cum poſthumus natus non eſſet, exorta eſt de hæreditate controverſia inter hæredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius contendebat legitimis hæredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat ſi poſthumus impubes moreretur: at poſthumum ne natum quidem eſſe; ac proinde defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit Centumviris M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione hæredem eſſe oportere. Quod judicium ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiſcuntur, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Divorum fratrum confirmatum eſt.

Plane in ſubſtitutione facta pupillo exhæredato eadem interpretatio admitti non debet. Immo ne expreſſe quidem vulgaris ſubſtitutio eo caſu fieri poteſt: quippe cum vulgariter ei duntaxat ſubſtituere queam, quem ipſe mihi hæredem facio. Quid ſi duobus diverſis teſtamentis pater ſibi & filio hæredem ſcripſerit? ſæpe enim pupillare teſtamentum diverſo tempore fit, & novis ſolemnibus rurſus adhibitis. Pone patrem ſuo teſtamento perfecto, alio deinde die aut hora filio teſtamentum feciſſe, quod ei permiſſum eſt, *l. ſi quis* 16. §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* aut ſibi per ſcripturam filio per nuncupationem vel contra *leg. patris* 20. §. *eodem*. Atque in ſuo quidem teſtamento filium hæredem inſtituiſſe, ſed iiſdem tabulis nullum ei dediſſe ſubſtitutum. Poſtea & alio demum tempore filio impuberi feciſſe teſtamentum, quo ei pupillariter ſubſtituit. Hic ego dicerem cum Bachovio ſub pupillari expreſſa non intelligo comprehenſam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam ſibi hæredem quæſiviſſe pater videtur. Apud nos & in pleriſque aliis

Belgii Provinciis, quia pupillari substitutione non utimur disputatio hæc supervacua est, Gudel. *in lib. 1. de jur. nov. cap. 13.* Groc. *l. 2. interp. c. 19.* Groenew. *de leg. abrog. tit. Instit. de pup. sub.*

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium relle conferatur?

QUando de legato in alterius arbitrium conferendo disputatur, tres diversi casus considerandi. Nam aut in arbitrium hæredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, sive extranei, atque hi tres casus diversum jus habent. Quod in collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, potest legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tanquam in conditionem, *l. 1. pr. ff. de legat.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum*, veluti *conditio potest*, id est, quasi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib. 2. observat. 2.* legere *veluti conditionem*. Sed quid hoc est, in alterius arbitrium veluti in conditionem? Respondeo, si testator sic dixerit: *Mævio fundum Tusculanum do, lego, si Titius voluerit*. Tale, inquam, legatum valet. Ratio est, quia voluntas facti est: & potest legatum in alterius factum, non ut in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi conferri, puta, si forte accidit aliquando, ut id velit, ut conditio potius sit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *si Titius Capitolium ascenderis*. Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *dict. leg. 1. princip. ff. de legat. 1.* ubi & nihil interesse scribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate quasi conditione poni possit, *l. Senatus 43. §. 2. ff. de legat.* Nam & alibi idem auctor libertate ita relicta: *si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, deberi ait, quod scilicet conditio potius sit, quam legati dandi merum arbitrium, *l. fide commissa 46. §. 3. ff. de fideicommiss. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam, *si Sejus Capitolium ascenderit*. Estque hoc legatum vere conditionale, ac mortuo ante condirionem existentem, id est, antequam certius ille voluerit, legatario, extinguitur. Dissentit Horomannus *lib. 1. amicab. 5.* Pomponium & Modestinum cum Ulpiano committens. Potest & legatum conferri & in extranei arbitrium non utique liberum, sed ut arbitrium boni viri; & tunc legatum non est conditionale, *dict. leg. 1. §. 1.* Bonum autem virum cum dicimus, non Judicem intelligimus, etiamsi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: sed qualemcumque virtute præditum, justum, fidum, innocentem: ut Cicero definit *lib. 3. de offic.* Est vero in testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *leg. 12. ff. de regul. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *dict. leg. 1. §. 1. l. 3. 4. §. 1. Codice comm. de legib. & fideicommiss.* quamquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet, *l. 9. si cœtus 75. ff. pro soc. l. ultim. Codice de contrab. empt. l. si quis, 43. ff. de verbor. obligat.* At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter, dum totum legatum in meram verbi causa Titii voluntatem confertur citra ullum respectum conditionis, ut illa verba *si voluerit Titius*, idem significent, ac si diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & qua dator legata sit. Nam tunc vellet testator ex puro Titii arbitrio pendere legatum, sive iis æquum sive iniquum arbitratur: quod fieri non potest, *lex illa institutio, 32. ff. de hæred. instituend. lex nonnumquam §. 2. ff. de condit. & demonstrat.* Enimvero in consequentiam & indirecte ex Titii arbitrio pendere via legati potest, veluti si testator expressim adjecit conditionem: *Mævio centum do, lego, si Titius Capitolium ascenderit*. Etsi enim Titius Capitolium non ascendit nisi volet, tamen testator his non tam voluntatem Titii quam factum ascendendi &, contingentiam facti spectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen ascendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & ascendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legato adscriptam, aut omnino quid Mævio legatum esse. Quid si aperte testetur Titius nolle se, ut Mævius legatum capiat, & tamen ascendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, si testator simplicem Titii voluntatem spectavisset, *dict. l. nonnumquam*.

Quod ad hæredis arbitrium attinet, tantum abest, ut legatum conferri possit in liberum hæredis arbitrium *si hæres meus voluerit*, ut ne possit quidem in ejus arbitrium conferri, tanquam in conditionem. Atque hoc est, quod dicitur in *leg. Senatus, 43. §. 2. ff. de legat. 1.* legatum in hæredis voluntate poni non posse: nempe non posse ne quidem tamquam in conditione. Ratio est, ne sit in arbitrio ejus, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus, *l. utrum, 7. §. 1. ff. de reb. dub. fac. lex stipulatio, 17. l. 1. Titio, 108. §. 1. ff. de verb. oblig. l. 8. ff. de oblig. & action.* Quamobrem credideram, nec tale legatum valere, *si hæres Capitolium ascenderis, Titio centum dato*, quamvis Cujacius valere putat, *arg. l. 3. ff. de legat. 2.* sed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio est. Nam & si dixerit testator *nisi hæres meus noluerit*, quasi conditionale legatum est, & primam duntaxat voluntatem exigit, *l. si fideicommissa, 11. §. sic fideicommissum, 5. ff. eod. 3.* Utique in hærede hæc verba, *si voluerit*, pro conditione neutiquam accipiuntur, nisi favore libertatis, *l. si fideicommissa, 46. princ. ff. de fideicommiss. libert.* Dicere tamen potius in specie illic posita id admitti, propter verba *fidei tuæ commisso: arg. dict. leg. 36. §. 3.* Plane in arbitrium hæredis, quasi boni viri recte confertur legatum, veluti si ita adscriptum fuerit, *si æstimaveris hæres, si comprobaveris, si justum putaveris, si utile tibi visum fuerit & 1. l. si legatum, 75. princ. ff. de legat. 1. dict. 11. §. quamquam, 7. ff. eod. 3. dict. l. 46. §. 3. de fideicommiss. liber.* neque hoc casu legatum est conditionale, per *l. 1. §. 2. de legat. 2.* Utiliter quoque sic relinquitur, *cum hæres voluerit*, quia tale legatum omnino testator præstari vult. Sed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, a quo relictum est. Eo autem mortuo, si ipse non præstitit, ab hærede ejus præstandum est: nam post mortem utique datum creditur. Præmoritus autem legatarius nihil transmittit, quia conditionale est *dict. l. 11. §. hoc autem, 6. leg. uxorem, 51. §. pen. de legat. 3.* facit *leg. centesimis, 46. §. 2. ff. de verb. oblig.*

Postremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, potest legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem ex-

expresse censeri? *Titio centum do, si voluerit*. Et hoc legatum est conditionale ut legatario ante conditionis eventum mortuo, id est, antequam legatarius voluerit ad se pertinere, jus petendi legati ad hæredem ejus non transmittatur, quia conditio personæ injuncta videtur, *l. si ita legatum*, 67. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. si ita legatum*, 65. §. 1. *ff. de legat.* 2. *l. si ita expressum*, 69. *ff. de cond. & demonstr.* Quod si ea conditio verbis expressa non fuerit, licet tacite insit, non facit legatum conditionale, *l. conditiones*, 99. *ff. de cond. & dem. l.* 3. *ff. de legat.* 2. Cui non obstat, quod alibi traditum est, conditiones, quæ tacite insunt non reddere legata conditionalia, licet a testatore exprimantur, *l. Cornelius*, 69. *de hæred. instituend. l. hæredi*, 7. §. *vitiari*, 5. *ff. quando dies leg. cedat*, 47. *ff. de cond. & demonstr.* Hoc enim sic accipiendum & temperandum est, nisi alia sit, aut aliam vim habeat conditio expressa, ut in proposito, *l. nonnunquam*, 52. *ff. d. tit.* idque significat Marcellus in *dict. l. servo*, 47. *in fin. eod.* Expositi breviter sententiam meam super subtilissima hac quæstione. Interpretes nostri non idem omnes sentiunt. Vid. Gloss. Bartol. & DD. *in l.* 1. *ff. de legat.* 2. Cujac. 2. *observ.* 5. Hotomann. 1. *antiqu.* 6. Robert. 2. *sent.* 10. Conan. 9. *comment.* Petrus Faber *ad l.* 22. §. 3. *ff. de reg. jur.* Broneli. *cent.* 3. *assert.* 48.

CAPUT XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, si quis legaverit rem, quam cum alio communem habet?

ETiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut loquitur Jurisconsultus in *l. cum servus*, 39. §. *constat* 7. *ff. de legat.* 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l. verbis legis*, 120. *ff. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam: vi & effectu de suo legare intelligitur, nempe hæredem suum onerare, ut rem redimat, & redemptam præstet; aut si id non potest, æstimationem inferat, qui hujus legati effectus est, §. *non solum*, 4. *Instit. de legat. l. si domus*, 71. §. 3. *eod. tit.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *leg. quis quatuor*, 30. §. *ultim. ff. de legat.* 3. & expresse testatur Ulpianus in *fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do, lego* aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit, ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus*, 104. §. 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hostes est bello scilicet capta, legata omnimodo consistit jure postliminii, *l.* 9. *l. si servus*, 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius extr. de test.* ubi videtur hujusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat speciem *dict. cap. filius* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata illic proponatur sepulturæ causa; & ideo extra speciem ibi propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque Mantic. *l.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 20. Fachin. *l.* 5. *contr.* 38. At enim negari non potest, quin Pontifex in §. *cap. filius* ostendat sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis sæculi legibus, quam legi Dei convenire significet. Quamobrem Diod. Tulden. *comment. ad tit. Instit. de legat. c.* 5. fatetur quidem improbari a Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum cum eam expresse non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit: maxime cum probabile nitatur ratione prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem a domino redemptam, sed non nisi immodico pretio, justam æstimationem legatario præstet, *l. si domus*, 71. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium*, 14. §. *ult. l. qui quatuor*, 30. §. *ult. ff. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem, velit, nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi divinæ minime repugnare.

Cæterum non semper res aliena legata debetur: verum interest, utrum testator rem alienam legans, sciverit eam alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur; si ignoraverit, non item, *l. unum ex familia*, 67. §. *si rem*, 8. *ff. de legat.* 2. *l. cum alienam*, 10. *C. de legat.* §. *non tantum*, 4. *Inst. eod. Fortitan enim*, inquit ibi Justinianus, *si scivisset alienam rem esse, non legasset*. Unde vero illud colligimus? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit hæredem suum onerare voluisse redemptione alienæ rei, *dict. l. unum ex familia* §. *si rem l. Stichо*, 36. *in fin. ff. de usufruct. legat.* Quare si res hæredis legata sit, distinctione illa non utimur, sed ea omnino debetur, quamvis testator eam suam existimans legaverit: nempe ideo, quod cum rei legatæ dominus ipse hæres est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem, quæ defuncti fuit, *d. l. unum ex familia* §. *si rem*. Plane interdum conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, alive tali personæ, cui verosimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *dict. l. rem alienam Cod. de legat.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt, Tiraquell. *priv. pia caus.* 66. Vasq. *l.* 3. *de success. progress.* §. 17. *num.* 41.

Illud belle quæritur, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, differe a Paulo responsum est in *leg.* 5. §. *ult. de legat.* 3. & ait Jurisconsultus hoc constare, ut ostendat certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt: & verba, quia fundum meum recte interpretamur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est *l. in re communi*, 26. *ff. de servit. præd. urb. l. si quis*, 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *ff. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *leg. recte dicimus*, 25. *ff. de verb. signif.* Mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non facile credetur

retur testator hæredem suum onerare voluisse necessitate redimendi partem alienam, *dict. l. unum ex familia*, 76. §. *si rem*, 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur; an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Et siquidem totum suum esse putaverit, nemo, opinor, dicturus est plus quam partem testatoris deberi per *dict. l. unum ex familia* §. *si rem simili*. §. *non tantum*, *Instit. de legat.* excepto utique casu supra memorato ex *l. cum alienam*, 10. *C. eod.* Sed quid si eodem modo legaverit, cum sciret fundum sibi cum Titio communem esse? Accursius existimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator sciret alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur: quod & Donello visum in *d. l. cum alienam num.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam sententiam, quam probant Bart. Bald. Jas. Angel. Zasi. Duar. *in d. l.* 6. §. *ult. de legat.* 2. Mantica *l.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 2. *n.* 12. verum esse existimo, nempe partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu propositio rei in totum alienæ, & rei communis sive pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habebat, nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse eum totam legare. At cum tes communis fuit, & partem in ea testator habuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat, quæ conjectura efficacissima est, *d. leg. unum ex familia* §. *rem de legat.* 2. *l. Sticho*, 36. *in fin. ff. de usufruct. leg.* Confirmat porro hanc sententiam locus Pauli in *l. fundus*, 24. *ff. de instrum. leg.* ubi sententiam Neratii explicans ait, si fundus, qui locatus erat, cum instrumento legatus sit, id tantum instrumentum, quod testatoris fuit, legato cedere: quod si nullum ille in eo fundo instrumentum habuerit, quod colonus habuit, deberi. Facit huc & *leg. si quatuor*, 30. §. *qui fundum*, 4. *ff. de legat.* 3. Atque eamdem omnino rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus*, 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. Enimvero, si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem utramque partem, & tam alienam, quam, quæ testatoris fuit, legatam videri, *arg. l. Juliano*, 68. *in princ. ff. eod.*

Multa tamen huic sententiæ objiciuntur, & primo, quod appellatione rei totum contineatur, *l. si fundum* §. 2. *ff. de evict.* a verbis autem non facile sit recedendum, *leg. ille aut ille*, 25. *l. non aliter*, 69. *eodem* 3. Respondeo, verum quidem est, non facile a verbis recedendum esse: sed tamen recedi potest & debet, quando aliud, quam quod dixit, aut scripsit, sensisse testator apparet, *dict. leg. non aliter*, nam mens & voluntas testatoris verbis aut scriptura potior atque potentior est, *leg.* Labeo, 7. §. 2. *ff. de supell. leg. l. cum virum*, 16. *Cod. de fideicommiss. leg. ubi*, 21. *ff. de rebus dub.* Mens autem testatoris in proposito fortissime colligitur ex illa veteribus toties usurpata conjectura, quod scilicet haud facile credendum sit, testatorem voluisse hæredem suum onerare necessitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *l. Mævius*, 66. §. *fundo legato*, 6. *ff. de legation.* 2. Sed longe alius casus ibi decidituir, nempe quid juris sit, si quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum solum pertinet, ususfructus autem alienus est, simpliciter, id est, non deducto usufructu legaverit; hic ait Papinianus etiam usumfructum ab hærede petendum esse. Ratio dubitandi est, quia ususfructus non est pars rei, *leg. velle dicimus*, 151. *de verb. significat.* Et vero, si pars esset, non nisi stulte quæreretur, an ubi constat totum legatum esse, appellatione totius ususfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc est quod etsi ususfructus proprietatis non est, instar tamen partis obtinet, propterea, quod emolumentum rei continet; ac proinde fundo legato etiam ususfructus, nisi expresse excipiatur & detrahatur, legato cedit, *leg. Mævius* §. *fundo leg.* 6. *ff. de usufruct. earum rerum quæ usu consum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino, ut singulare, si alio proposito id fecit testator, responsum est in specie huic gemina, eum errore labi, & plus hic valere scripturam, quam quod actum, aut cogitatum est, *leg. si alii*, 19. *ff. de usufruct. leg.* contra communem scilicet regulam, secundum quam voluntas magis, quam verba, spectanda, *leg. cum virum*, 16. *Cod. de fideicomm. leg. Labeo*, 7. §. 2. *ff. de supell. leg.* Porro quod hic juris in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus ususfructus alienus est, legata, *argum. leg. quæ de tota*, 76. *ff. de rei vindicat.* D. Duarenus nimium hic sollicitus est, & frustra laboravit in alio casu quærendo: quamquam vera sunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *leg. cum filius*, 76. §. 2. *de legation.* 2. Sed eadem ad hunc locum, quæ ad superiorem, responsio est; ut præterea & hoc accedit, quod hæres, qui in casu ibi proposito ipse fructuarius est, nulla redemptione oneratur. Quarto objicitur, *leg. si res obligata*, 57. *de legat.* 4. *dict. leg. Mævius*, 66. §. *fundo eodem* 2. *leg.* 6. *Cod. de fideicommiss.* quibus locis traditur hæredem rem pignori obligatam, quæ legata sit luere debere, utique si sciebat testator eam pignori obligatam esse, *dict. leg.* & §. *sed* & *si*, 3. *Instit. de legat.* unde sequitur non liberari hæredem præstando id, quod defunctus habuit. Respondeo, conjectura voluntatis testatoris rem suam, quam creditori obligatam esse scirbat, legantis facit, ut res integra plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus sit hæredis, qui in universum jus defuncti succedit, non legatarii, *leg.* 1. *Cod. si cert. pet.* non est credibile testatorem voluisse æs alienum solvi a legatario, nisi hoc expresserit. Aliud autem est, si obligatam esse nesciebat, exceptis duobus illis casibus, de quibus in *dict. leg. si res obligata*, 57. *de legat.* 1. & *dict. leg.* 6. *Cod. de fideicomm.*

Nostra hæc & communis sententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere potest, quippe, quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato ususfructus, qui alienus est, ab hærede peti possit, teste Autumno *Consultat. Gall. & confert du droit ad dict. leg. Mævius*, 66. *fundo legato*, 36. *de legation.* 2. ubi scribit apud Gallos locum non esse dispositioni *dict.* §. *fundo*, ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati testatoris, ita & Batavis quoque nostræ moribus omnino consentaneum videtur. Similiter, si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi lega-

legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ususfructus contra mentem testatoris communicetur secundum *l. si tibi, 19. ff. de usufruct. legat.* & nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus testatur Bern. Autumn. *in Confer. Gail. ad dict. l. si tibi* Groenewv. *tract. de leg. abrogat. ad dict. leg. si tibi & ad dict. l. Mævius, 66. §. fundo legato de legat.* 1. Alii, quibus nimia ista subtilitas non placuit, *dict. leg. si tibi*, interpretatione sua sic temperaverunt, ut in casu, quem ibi tractat Modestinus, plus valere debeat scriptura, quam quod actum est, dummodo de eo, quod actum est, non constet? quam interpretationem nec verba, nec sententia Jurisconsulti admittunt, ut bene animadvertit Joannes Azo & Hugolinus apud Accursium.

CAPUT XXVII.

An unquam error in nomine legatarii vel re legatæ aut falsa demonstratio vitiet legatum?

SI quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis aut legatarii demonstret, necesse est. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine: cæterum & aliis modis demonstrari possunt, ut valeat institutio aut legatum, *l. quoties, 9. §. si quis, 8. ff. de hæred. instit. l. si ita, 8. §. 2. ff. de bon. poss. sec. tabul.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim, 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante testatore; nihilominus institutio aut legatum valeat, perindeque habendum sit, ac si nomen adjectum non esset: dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties, §. si quis ff. de hæred. inst.* pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his, quæ non pro scripto.* Finge ergo hoc modo legasse, *Corneliæ sororis meæ filio centum do, lego*, si soror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia satis apparet, quem testator designavit. Sed & ita dixerit, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum, etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Denique & sic demonstratio recte fit, *cujus nomen in codicillis scripsero, illi hæres meus centum dato, l. instit. talis, 10. ff. de cond. inst.* nam quod in hærede sic demonstrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *leg. 4. ff. de legat.* 1. Et convenienter si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit *Stichum servum meum Titio do, lego*, valebit legatum, licet servo Davus, non Stichus nomen sit, *arg. l. demonst. 71. ff. de cond. & dem.* Plane si quis cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans supellectilis appellatione vestem contineri, placet nec supellectilem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat.* 1. ubi Jurisconsultus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ Grammatici appellativa vocant; per hominum, quæ illi propria, propterea, quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc ait esse mutabilia, quia scilicet privata sunt: & pro arbitrio singulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *lex Labeo, 7. §. 1. ff. de supell. leg.* ut proinde in illis error sit tolerabilis, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant: & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei ἴδια, sed tantum differentiam ἐνυπόστατον indicant. Appellativa vero φύσει quodammodo constant, id est, a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀτόμων καὶ στοιχείων seu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat majorem quamdam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, licet impositicia sint, publica tamen & ipsa sunt, ac communia: & sive prudenter, sive temere & κατὰ τύχην imposita sint, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu: eorumque impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima ipsam rei substantiam denotant. Quæritum vero est, an non saltem valere debeat legatum, si res cum oculis subjecta esset, a testatore manu demonstrata sit, ut alieno nomine eam appellaverit: veluti si cum equus præsens esset, ita dixit: *Hunc bovem Titio do, lego?* Accursius in *leg. quæ extrinsecus, 65. ff. de verb. oblig.* existimat valere, & equum deberi, cujus sententiam & plerique Interpretes secuti sunt. Mihi vero id minime consentaneum videtur responso Pauli in *l. 3. de reb. dub.* ubi Jurisconsultus sic scribit: *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quin non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino sententiæ sive Servii, sive Celsi dicentium *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*; aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod mox dixit, quamquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 2. ff. de suppell. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æque stultum ac desiderium ut illa, de quibus in *l. 4. ff. de legat.* 1. quod etiam Mynsingero ad §. *si quidem, 28. Instit. de legat. n. 10.* verius videtur. Plane si quis chartas librorum appellatione, aut contra complexus esse dicitur locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. libror., 52 §. quod tamen, 4. ff. de legat. 3.* & ibi Bart. Quin etiam generaliter idem admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. leg. si quis vinum, 9. princ. ff. de instr. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuld. probat in *comm. ad Inst. tit. de leg. c. 21.* Duar. *ad l. 4. de leg. 1.* Pet. Fab. *l. 2. semest. 14.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen utile sit modo de persona aut re aliunde constet, id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, omni adje-

adjectione, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda testator erraverit, tandem legatum perinde valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio*, 17. *pr. & §. 1. l. falsa*, 33. *& l. seq. de cond. & dem. §. huic proximæ*, 30. *Inst. de legat.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio nominis, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim*, 34. *ff. de cond. & dem.* Cæterum hæc regula sive sententia sic in universum temperanda est: nisi quid aliud obstet legato præter falsitatem demonstrationis. Hoc autem observato, facile removeri poterunt pleraque, quæ alioqui huic sententiæ obstare videntur. Nam primo, si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res in illo loco non reperiatur, responsum est inutile esse hoc legatum; veluti, si testator ita dixerit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*, si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit; *l. si servus*, 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de legat. 1. l. 1. §. sed & si*, 7. *ff. de dot. præleg. junct. l. plane*, 34. *§. sed hoc ita*, 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim est, ut sit, quod legetur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione perimi, *l. quibus*, 40. *§. pen. ff. de cond. & dem.* 2. Si quis ita legaverit: *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum esse legatum, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia scilicet non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum*, 75. *§. 1. de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile est & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debes, ei lego*, legatum utile sit, licet nihil Titio debeatur, quia sola demonstratio legatum non vitiat, *d. l. 75. §. 1. l. legari*, 23. *ff. de lib. leg.* 4. Sed etsi quantitas adjecta est, tamen ne sic quidem semper utile est legatum in hujusmodi speciebus. Finge testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*; constat hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest: ac proinde nec si falsum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. 5. Finge iterum legasse hoc modo, *Titio centum quæ mihi debes, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item esse in legato responsum est, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *dict. l. 75. §. 2. d. l. legavi*, 26. *vers. quod si sic*. Nimirum, etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, nisi liberatio: quo legato hoc continetur si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *leg. 3. §. 3. ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. 6. Pari ratione si testator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum est inutile esse legarum, si Titius nihil debeat: quippe nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, *§. tam autem*, 21. *Inst. de legat.* nullas vero habere aut præstare potest adversum eum, qui nihil debet, quod Ulpianus in *d. l. si sic legatum*, 75. *§. 2. de leg. 1.* breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet*. Postremo, non obstat huic sententiæ, quod Papinianus Sabinum respondisse scribit, falsam demonstrationem non facere legatum, *l. cum sale*, 72. *§. ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falsam demonstrationem facere legatum, sed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba disponentia, non demonstrantia. Itaque in specie illic a Papiniano proposita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta hæres. Sejo dato*, non Titius, sed Sejus est legatarius, qui solus est in dispositione, eique quinquaginta debentur non obstante vitio demonstrationis. Titio autem, qui in demonstratione est, debetur nihil. Jul. Pac. *cent. 6. q. 44.*

CAPUT XXVIII.

An hæres ob omissam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem causa amittat legitimam?

LEge duodecim tabularum, licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinquerent præter onus & molestiam rei alieni, *l. verbis leg.* 120. *ff. de verbor. signific.* qua licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice expedire putaretur supremas hominum voluntates exitum habere, *leg. 5. ff. testam. quemadmodum aper.* visum est ex usu esse reipubl. hæredem justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema judicia conservarentur. Id quod commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur: quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est, qua cautum, ne plus legare liceret quam dodrantem totorum bonorum, *l. 1. ff. ad l. Falcid. princip. Instit. eodem.* Procedente tempore ob eandem causam eadem lex producta est & ad fideicommissarias hæreditates, cautumque Senatusconsulto Pegasiano, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde licere quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, *sed quia*, 5. *Instit. de fideicommiss. hæred.* Cujus Senatusconsulti vim Justinianus postea transfudit in Senatusconsultum Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas, atque ex hoc eodem Senatusconsulto quartam partem hæres retineat, *§. sed quia stipulatione*, 7. *Instit. eodem.* Unde Interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quamquam veteres & hanc ipsam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre est in *leg. cohæredi*, 41. *§. 3. ff. de vulg. & pupill. Subst. leg. 2. §. ult. de jur. codicill. leg. filiusfam.* 18. *princ. leg. si a me*, 29. *leg. in ratione*, 30. *§. tametsi*, 7. *lex Falcidia*, 47. *§. 1. l. Titio*, 86. *ff. ad leg. Falcid. l. 2. l. mulier*, 12. *§. 2.*

leg. 6

leg. ſi parenti, 55. §. 2. *l. deducta*, 58. §. 3. *ff. ad SC. Trebell.* 1. *l. quamquam*, 10. *& leg. ſeqq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia ſenatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro lex Falcidia hæredis potiſſimum cauſa lata fuit, ejuſdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hæreditatis, *l. poteſt hæres*, 71. *l. Titia*, 89. *in fin. ff. ad leg. Falcidia junct.* §. *ſed quia*, 5. *Inſt. de fideic. hæred.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere potuerit, ne hæres commodo Falcidiæ uteretur, *leg. quod bonis*, 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius*, 19. *ff. ad SC. Trebell. l. ſi ut allegas*, 11. *Cod. ad leg. Falcid.*

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit hæredem ea uti, *Novell.* 1. *cap.* 2. *in fin.* unde ſumpta *auth. ſed cum teſtator*, *C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam hæres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 1. Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt Interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & hæres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat. Quæ forte quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modo diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, numquam alio nomine veteribus quartam ſenatuſconſulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo etiam didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatuſconſulti contineri, nec improprie, ut illi, ſed proprie, ſi uſus proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtruitur inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis quidquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum uteramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc vero tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatuſconſulti ex auctoritate *d. Nov.* 2. *cap.* 2. expreſſe prohibeſi poſſit, propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas, Gomez. *lib.* 1. *reſol. c.* 5. *num.* 11. Clar. §. *teſtamentum qu.* 62. Mantic. *lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 11. *& ſeq.* Everh. *in top. loc.* 34. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 2. Perez. *par. C. ad SC. Trebell. n.* 20. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 20. Gail. 2. *obſ.* 138. *num.* 15. Groenew. *de leg. abrog. ad d. auth. ſed cum teſtator.* Tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur hæredem non amittere quartam Trebelliani & ſecundum hoc ſæpiſſime judicatum eſt, Clar. *d.* §. *de teſtamentum qu.* 63. *deciſ. Cur. Holland.* 3. Gail. *de obſ. n.* 3. *& 5.* Mynſing. 3. *obſerv.* 60. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 317. *& vol.* 4. *deciſ.* 51. Perez. *in Cod. de jur. delib. num.* 14. Fach. 4. *controv.* 38. Groenew. *ubi ſupra*, quod profecto mirum eſt: nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in hærede fiduciario, quæ in hærede Falcidiæ, violenta nimirum præſumptio fraudis & ſubſtractionis rerum ab hærede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus *merito*, ut ipſe loquitur, *ως ἐπὶ κακουργίᾳ κατακρινόμενος*, *ἀνάγκη πρόληψιν τὴν τοιαύτην*, quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, juriſque & de jure. Aut igitur hæres fiduciarius non tenetur inventarium facere; aut ſi tenetur, quo in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis ſuæ & *κακουργίας* mulctetur, & alioqui liberam habebit graſſandi in hæreditate facultatem. Sed & in *diſt. Novell.* 1. *cap.* 2. *in princ.* etiam de hæredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus Juſtinianus agit, ad quos proinde & ſequentia recte referuntur, & quod in *diſt. cap.* 2. §. 1. *ejuſdem Novell.* traditur de citatione fideicommiſſariorum, etiam ad univerſales, quorum præcipue intereſt, pertinet. At, inquiunt, leges correctoriæ non ſunt extendendæ, odia reſtringenda, &c. Cur igitur, inquam, ex eo quod Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam conceſſum eſſe teſtatori prohibere retentionem Trebellianicæ. Quin etiam ipſi Doctores communiter poſt Gloſſam in & per textum *cap.* 5. *Novell.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ut loquuntur, rationis, Gomez., *ubi ſupra num.* 11. *&* ibi citati. Denique nulla in propoſito ſit extenſio, ſi veterum loquendi conſuetudinem, ut ante probavimus, ſpectemus. Atque hæc ſententia, refragante licet Diodor. Tulden. *comm. ad Inſtitut. tit. de leg. cap.* 3. qui nec a teſtatore prohiberi poſſe quartæ ſenatuſconſulti detractionem contendit, mihi veriſſima videtur, quam etiam ſequitur Præſ. Everh. *diſt. loc. num.* 5. Gudelin. *d. c.* 11. Charond. *lib.* 13. *reſponſ.* 68. Anton. Fab. *Cod. for. ad SC. Trebell. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Cacheranus *deciſ. Pedemont.* 147. ſupra ſexaginta Doctores hujus ſententiæ aſſertores cit. Excipiunt vero liberos primi gradus, quoniam nec his prohiberi poteſt deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *Cod. de SC. Trebell.* In quo tamen & ipſo inſignis & non unus error eſt. Primum, quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis eſt, cum ante conſtitutionem Juſtiniani in *Novell. cap.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo, quia illa exceptio non eſt de regula, nam reſpicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne non quidem ſine juſta cauſa auferri poteſt, admiſſa vero dupiici in liberis detractione; de qua agimus quæſtione ſequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, ſed cujuſvis alterius hæredis jure cenſentur, iis prohiberi poſſit, nullus dubito. Tertio, quod ſolos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi ſint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioſo queri poſſunt, proinde parentes quoque: item fratres ac ſotores conſanguinei rogati hæreditatem reſtituere turpi perſonæ. Poſtremo, quod eamdem exceptionem ponunt etiam ubi liberi hæredes Falcidii aue Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex profeſſo. Plane ſi hæres pure rogatus hæreditatem reſtituere, eam ſtatim quoque reſtituerit, poterit excuſari, eo quod ideo videatur omiſiſſe confectionem inventarii, quia id onus jam non ad ſe, ſed ad fideicommiſſarium pertinere exiſtimavit.

Proxima ſuperiori quæſtio eſt, an liberi ex cauſa non confecti inventarii amittant legitimam? Qui negant extraneum hæredem ob non confectum inventa-

rium

rium amittere Trebellianicam, idem non potuerunt non negare liberos ex eadem causa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea causa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis exploratı juris sit, hanc esse pœnam hæredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eamdem causam liberos non privari legitimâ longe pars maxima Interpretum pro comperto habet. Gail. 2. *obs.* 138. *num.* 14. Fach. *l.* 4. *controv.* 34. Christin. *vol.* 1. *decis.* 317. *n.* 6. *& seqq.* Anton. Fab. *Cod. suo for. de jur. delib. defin.* 23. *& ad SC. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare quin liberis salva manear retentio legitimæ, etiamsi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus est, qui contrarium docuit, Salicet. *in auth. sed cum testator. Cod. ad leg. Falcid. & in l. ult.* §. *si quis autem num.* 4. *C. de jur. delib.* Sarmient. *lib.* 2. *select. interpr. cap.* 7. Covarr. *in cap. si hæredes*, 10. *extr. de testam.* Cacheran. *decis.* 148. *a num.* 1. *usque ad* 6. & inter alios quoque Cujac. *in expos. dict. Nov. l.* 1. eamque sententiam etiam probatam fuisse viro clarissimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in posterioribus ejus curis manuscriptis comperi: & veram esse ipse quoque existimo. Enimvero si quæstio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus esset præsumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hæreditas fuerit solvendo, & si nihil surripuissent, *prius ἐκκαίρημα*, quod legatis & fideicommissis exsolutis satis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis superesse appareret: nescio an multi hoc negaturi sint: nam sane cum Justinianus in *dict. Nov.* 1. *c.* 2. simpliciter & sine ulla hæredum distinctione loquatur, eam ad hæredes extraneos restringere difficile est. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. *& fin vero.* 12. *C. de jur. delib.* diserte loquitur tam de suis hæredibus se immiscentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omisso non in eamdem quoque pœnam propter præsumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, ut & Falcidiæ beneficio priventur, solidaque legata & fideicommissa præstare debeant, etsi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria substantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommissarios, *dict. Novell.* 1. *cap.* 2. §. 2. *in princ.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni sive Falcidiæ sive legitimæ; unam enim in liberis jure civili atque eamdem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipsa legitima a Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus*, 8. §. *meminisse*, 14. *in fin. ff. de inoffic. testam.* ut ab ipso Justiniano in *l. quæ nuper*, 31. *Cod. de inoffic. testam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. Govean. *lib.* 1. *var. lect. cap.* 1. Cujac. *ad Novell.* 18. *cap.* 1. Quid quod posita superiore πρᾶξει, quam probavimus esse juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam integram jam habere præsumuntur. Non magni itaque momenti sunt, quæ objiciuntur, qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum, quod nemini ex causis, quæ de inofficioso querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non est debitum ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. scimus*, 36. §. 2. *C. de inoff. testam. l. unic. in princ. C. de impen. lucrat. descript.* & adita non confecto inventario hæreditate confunduntur actiones, hæresque quod sibi a defuncto debetur, amittit, *l. ultim.* §. *in comparatione*, 9. *C. de jur. delib.* nec querela datur, nisi præteritis aut exhæredatis: denique nec ex causa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc sententiam defendimus, sed ex supradicta ratione legis præsumentis inventarium non facientes ipsos sibi satis prospexisse: nisi quis existimat, quod humanum videtur, hanc præsumptionem contra liberos non esse tam vehementem, quin per rei veritatem elidi possit, si forte ipsi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hæreditatem non esse solvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommissarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 2. *thes. penult.*

CAPUT XXIX.

Filius hæreditatem restituere rogatus quæ jure duplici deductione utatur? & quid hic usu receptum?

VEerissima sententia est, filium hæreditatem restituere jussum jure civili unica deductione sive legitimæ, sive Trebellianicæ portionis contentum esse debere: atque oppido quam alienum est a ratione jure civili, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum est in c. *Raynutius*, &c. *Raynaldus extr. de testam.* Rationes hæ sunt. Primum, quia harum portionum hoc proprium est, ut una in alteram imputetur & consequenter alteram consumat, *leg. si mulier*, 22. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. in quartam*, 91. *ff. ad leg. Falcid. junct. l. si quando*, 35. §. 2. *Cod. de inoffic. testam. l.* 8. §. *si quis*, 15. *ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommissis singularum rerum, & simul legitimam filius hæres instituta detrahere deberet: quod tamen nemo dixit, quamquam id teneat Zypæus apud Christin. *vol.* 1. *decis.* 195. *n.* 12. sed arg. juris in *dict. cap. Raynutius* constituti. 3. Quia si hæres fideicommissarius nonnisi semissem hæreditatis, & nonnumquam eriam minus consequeretur, nempe eo casu, quo propter numerum liberorum ipsa legitima est semis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, iex Falcidia, & senatusconsultum cessant, *leg.* 1. §. *penult. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. leg. Papinianus*, 8. §. 9. 11. *&* §. *si quis*, 15. *de inoffic. testament.* 5. Quia testatoribus omnibus jure civili concessa est libera potestas disponendi de dodrante totorum bonorum, *leg.* 1. *ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta postmodum quantitate Falcidiæ seu legitimæ in liberis, de besse aut septunce. 6. Per textus expressos in *leg. coheredi*, 41. §. 3. *ff. de vulg. & pupill. substitut. leg.* 6. *Cod. ad Senatusc. Trebell. l. liberto*, 21. §. 1. *ff. de ann. leg. l. filium*, 24. *C. famil. erciscund. l. quamquam*, 10. *Cod. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis nostris quadrante duntaxat retento dodrans restituitur. Denique ipse Justinianus *Novell.* 1. *cap.* 1. §. 1. satis aperte solius legitimæ deductionem liberis onerariis concedit. Estque veritatis hujus sententiæ tanta evidentia, unde & veterum Interprerum multi, Joan. Glossar. Cynus, Bartol. Bald. Fulgos. Jason, &c. ipsaque Glossa in *dict. cap. Raynutius*, & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *quæst. illustrat.* 4. Donellus *lib.* 7. *comm.*

comm. cap. ult. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 14. theſ. 2.* ſed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *leg. 1. ff. ad leg. Falcid. num. 9. & 10.* Cujac. 8. *obſervat. 3.* Gail. 2. *obſerv. 121. num. 4.* Anton. Fab. *diſſ. cap. 11. err. 7. & Cod. forenſ. de codicil. diſſn. 7.* Tulden. *in C. ad Senatuſc. Trebell. num. 4.* Perez. *ad Cod. eod. tit. num. 11.* veram eam eſſe ultro fateantur, Pontificeſque Innocentium & Gregorium excuſent, quod ſecuti communem Interpretum errorem, ſecus conſtituerint. Pauci vero admodum ſunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire conſtitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet Ant. Fachinæus *lib. 5. controv. c. 2.* Cæterum Ille in hoc ab aliis, Anton. Contio *lib. 1. diſp. jur. civil.* Peregrino *tract. de fideicomm. art. 3. num. 5.* diſcrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ ſimul & Trebellianicæ non convenire juri Digeſtorum aut Codicis, eamque tantum defendit quaſi conſentaneam juri noviſſimo, conſtitutioni videlicet Juſtiniani *Nov. 39. cap. 1.* cæteri vero quaſi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum a doctis viris pleniſſime confutata ſint, & noviſſime a nobiliſſimo & cl. viro D. Jac. Mæſtertio, collega noſtro *lib. 2. de juſt. leg. Rom. c. 48.* nos eorum ſummam duntaxat colligemus breviterque ſingulis reſpondebimus; deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex ſenatuſconſulto, alteram alteri obeſſe non oportere, quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed hæres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tamquam a filio, Trebellianica tamquam ab hærede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eumdem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere, *leg. ſi tutorem, 22. ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio & gemina deducendi cauſa concedatur, *l. quoties, 67. ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *leg. 3. §. 2. ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ, & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ eſt ut unum alterum excludat, *l. 34. ff. de oblig. & act.* Deinde imputari in Falcidiam, quidquid hæres jure hæreditario capit; quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur; in Trebellianicam, de cujus detractione hinc diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi, *leg. in quartam, 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier, 22. §. 2. ad SC. Trebell.* ſicut & in legitimam, *l. 8. l. ſi quando, 35. C. de inoffic. teſt. §. ult. Inſtitut. eod.* Ad ſecundam reſpondemus ex *l. 8. §. ſi quis, 15. ff. de inoffic. teſt. & l. 2. §. pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falc.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet, & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud, eſt, quod ajunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam: nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam a patre hæres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l. 67. ff. ad leg. Falcid.* deduci, hæredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartam, in caſu *l. 3. §. 2. ff. ad SC. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo, ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exhæredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis patrum filiis natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviſſimis cauſis ea adimi poteſt. Solum autem verum debitum hæres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & nonniſi confecto inventario ſecundum conſtitut. Juſtiniani in *l. ult. §. in computatione, 9. C. de jur. delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachin. Ille ex *Nov. 39. cap. 1.* ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei fit detrahendi quartam ex auctoritate ſenatuſconſulti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere; quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hæreditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hæreditatis portionem contineri, & legibus ſatisfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit: ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filiis ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommiſſo gravari potuerunt, quæ tamen portiones ſunt hæreditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum eſt de onere, quod ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcitur *l 32. Cod. de inoffic. teſt.* non de eo quod ex ipſo jure hæreditario exſurgit, de quo vide *quæſt. 20. lib. 1.* Quin potius ex illa ipſa *Novella 30. capit. 1.* recte colligas, non poſſe filium plus quam portionem legitimam deducere, qui excipitur tantum caſus unus favorabilis, nempe ſi legitimæ deductio non ſufficiat ad juſtum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam ſatis ſit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res cap. comm. de legat.* Inſtat tamen Fachinæus, & hoc hoc præcipue urget, quod legitima illic ipſo jure videtur eximi fideicommiſſo, nempe ut id intra beſſem conſiſtat; cujus proinde delibatio ex Senatuſconſulto recte fiat: quippe quod non minus ſuffragetur partem reſtituere rogato, quam totum aſſem. Reſpondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in cohæredes diſtributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiti: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex teſtamento obtinetur. At, inquam, ſi illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu eſt in caſu propoſito legitimam ex teſtamento, jure hæreditario ad filium pervenire: quoniam in caſu filii ſubſtituti legitima hæreditatis pars eſt, quæ non abſorbetur fideicommiſſo; quippe quod intra beſſem conſiſtit, ut ipſe fatetur Fachinæus: & præſumendum eſt teſtatorem voluntatem ſuam ſubmiſiſſe auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipſa a tota hæreditate videbitur excluſus, quod neſcio an quiſquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hæreditatem reſtituere rogatæ non imputetur, quoniam non eſt in hæreditate patris, ut reſpondet Papinianus in *leg. pater filiam 14. ff. ad leg. Falcidia.*

Quod

Quod alterum membrum noſtræ quæſtionis attinet, lippis & tonſoribus notum eſt, jus illud duplicis detractionis, legitimæ ſcilicet & Trebellianicæ, jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis conceſſum in foro & judiciis ubique receptum eſſe. Cæterum hæc adhuc incerta ſunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommiſſo puro gravatis, quod ſtatim reſtituendum eſt: an vero in gravatis fideicommiſſo conditionali aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, Anton. Gailius, *lib. 2. obſervat. 133. num. 4.* jus duplicis detractionis, tamquam ex communi opinione, reſtringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento *l. jubemus 6. Cod. ad* SC. *Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus hæredibus inſtitutis & hæreditatem reſtituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani; quod ad nepotes aut ulteriores ab avo vel proavo inſtitutos & ſimiliter gravatos non pertineat: quam ſententiam etiam probaſſe videtur ſupremus Hollandiæ ſenatus *deciſ. 9.* expreſſe eam probavit *Curia Friſ. apud* Joann. a Sande *lib. 4. tit. 7. defin. 6.* & ſenatus Sabaudiæ. Ant. Fab. *Cod. forenſ. lib. 6. tit. 27. definit. 6.* Cæterum etſi vera quidem eſt hæc ſententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, ſive quos pater, ex quo nati ſunt, præcedit, & efficit, ne avo ſine gradu proximi: nulla tamen profecto ratio eſt, cur non idem jus quod filio competit, ſummoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in ſuo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet quod pater, in cujus locum ſucceſſit, habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris ſui, idque jure utroque & Canonico, & Civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda eſt illa modo memorata Henonis conſtitutio. Pet. de Bellaperr. *in d. l. jubemus* & plures alii allegati apud Sande *d. loc. defin. 6.* Grœv. 2. *conſ.* 121. *n. 6.* & ita cenſuit Curia Hollandiæ *dec. 17. ſub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Gloſſæ in *l. 8. §. meminiſſe 15. ff. de inoffic. teſt.* diſtinguentis inter fideicommiſſum purum, quod illico reſtituendum eſt, & conditionale vel in diem, quo non ſtatim in reſtitutionem venit; nempe priore caſu filium unum tantum quadrantem, ſive legitimum, ſive Trebellianicum deducere; poſteriore utrumque, legitimum ſtatim, ut natura ſibi debitum, Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate Senatuſconſulti: quam diſtinctionem Bartolus in *l. quamquam 10. Cod. ad leg. Falc. & DD. commun. in l. 6. Cod. ad SC. Trebell.* ſecuti ſunt, ut & Covarr. *in d. c. Raynutius* Gail. 2. *obſerv. 121.* & Senatus Sabaudiæ apud Ant. Fab. *Cod. ſuo for. de codic. defin. 7.* Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommiſſum purum eſt, una alterum impediat; cui & hanc addit Ant. Faber, non tamen ex ſua, ſed ex Senatus Sabaudici ſententia, quod eo caſu dici non poſſit, utra prior deduci debeat. At cum ſub conditione vel in diem filius gravatus eſt, ſtatim filius deducit legitimam: ſed demum exiſtente conditione, aut veniente die, deducit Trebellianicam, non ut filius, ſed ut quilibet hæres extraneus hæreditatem alteri reſtituere rogatus. Ego vero ſæpe miratus ſum hanc diſtinctionem cuiquam probare potuiſſe, quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur, potius ex contrario filio rogato pure hæreditatem reſtituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato ſub conditione aut in diem, qui interim commodum hæreditatis ſentit, nec fructus perceptos quadranti Senatuſconſulti imputat, *l. 6. C. ad SC. Trebell.* Quamobrem recte conſilium Mechilinienſe in arreſto reviſionis, rejecta illa Gloſſæ & Bartoli diſtinctione, cenſuit liberos non minus pure, quam ſub conditione aut in diem hæreditatem reſtituere rogatos utrumque commodum deducere poſſe juxta *dd. cc. Raynutius & Raynaldus* in quam ſententiam extat & arreſtum præfecturæ Pariſienſis apud And. Roberrum *lib. 4. rer. jud. c. 17.* eamque & Curia Hollandiæ ſecuta eſt *dec. 17.* & Curia Friſiæ, apud Sande *lib. 4. tit. 7. defin. 4.* De tertio quid ſtatuendum ſit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib. 2. conſ. 94.* ex facto conſultus reſpondit, ubi legitima portio pro numero liberorum eſt ſemis, non duplicem portionem ſed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hæreditate capiat, qui eam reſtituere juſſus eſt, quam is cui ea eſt reſtituenda, plus is qui gravatus eſt, quam qui honoratus. Baldum ſecutus eſt Decius *conſil. 228. ſub fin.* item Covarr. *in d. c. Raynutius §. 11. n. 6.* ubi ait & Molinæum huic ſententiæ ſubſcribere *lib. 7. conſult. 3.* Sed & uſu ita ſervari videtur innuere Ant. Faber *error. prag. dec. 11. c. 9.* ubi aſſerit pragmaticos, ſive legitima ſit triens, ſive ſemis pro numero liberorum, ſemper ita ſtatuere, ut ſi quis ex liberis portionem, quam ab inteſtato habiturus eſſet, juſſus ſit reſtituere, hæreditas æquis partibus inter hæredem gravatum & fideicommiſſarium dividi debeat. Atque ita quoque ſupremum apud nos Senatum aliquando judicaſſe accepi. Alii tamen contra ſtatuunt, nempe liberos gravatos, quo caſu legitima eorum ſemis eſt, deducere poſſe ſeptuncem cum ſemuncia. Cravett. *conſult. 54.* Cagnol. *ad l. Papin. 8. §. meminiſſe 14. ff. de inoffic. teſt.* Theſaur. *dec. Pedemont. 252.* Joan. a Sande *dec. Friſic. lib. 4. tit. 7. dec. 7.* Fachin. *lib. 5. cont. cap. 3.* ubi & hanc ſententiam communem aſſerit; uti & Crav. *de concl. 121. conſid. 1. n. 2. & 3.* qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Chriſtin. *vol. 1. dec. 245. n. 7. & dec. 315. in fin.* quanquam nihil definit. Et poſterior hæc ſententia probabilior eſt: ſi verba ſive rationem conſtitutionis Pontificiæ in *d. c. Raynutius* conſideremus. Nam & ſine ulla reſtrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia aliena illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducit. Nec magis abſurdum eſt, v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam abſurdum eſt ils nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos ſimul paulo plus, pro favore tam copioſæ ſobolis, ex bonis parentum conſequi, quam extraneum ſorte unum, cui reſtituenda hæreditas. Sunt, qui & ad parentes id jus producunt, ut & ipſis hæreditatem rogatis reſtituere, duas quartas detrahere liceat. Vid. Vaſq. *tom. 2. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 3. §. 26. n. 36.* Grav. *d. concl. 121. conſid. 2. n. 6.* ſed cur igitur non etiam ad fratres idem producunt rogatos hæreditatem reſtituere turpi perſonæ: nam & illi exhæredati aut præteriti hoc caſu de inofficioſo agere poſſunt? Vid. Cravett. *conſ. 10.*

CA-

CAPUT XXX.

Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in stirpes, an in capita succedant?

QUæstio hæc a multis tractata est; sed nescio an ab ullo ita, ut nihil amplius desideres, & qui scrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum est fratrum filios in capita, non in stirpes successisse, *l. 2. §. 2. de suis & leg. hær.* nec de hoc jure quicquam mutatum constitutionibus posteriorum Imperatorum, ac ne Justiniani quidem in Codice *l. pen. & ult. §. 4. Cod. de legit. hæred. §. hoc etiam 4. Instit. de leg. agn.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræsentationis veniebant, ut cum thiis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejusque fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos, nisi prærogativa agnationis: non enim cognatis, sed agnatis proximis lege deferebatur hæreditas, *l. 2. §. legitima 4. ff. de suis & legit. hær. §. 1. Inst. de leg. agn. succ.* quam agnationis prærogativam demum penitus sustulit Justinianus *Novell. 118. c. 4.* unde sumptæ authenticæ quas Irnerius *tit. Cod. de legit. hær.* inseruit. Eadem autem Justiniani constitutio causam dedit quæstioni, quam hoc loco tractandam suscepimus. Sic igitur ille in *cap. 3. de Nov. 118.* tertium succedendium ab intestato ordinem, id est, lateralium, subiato veteri agnationis & cognationis discrimine, disponit.

Primum in hac successione locum obtinere vult fratres sororesque germanos sive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræsentationis, ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuisset, quamvis soli sint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, si vixisset, non tantum thios defuncti, sed etiam eosdem defuncti fratres tam consanguineos, quam uterinos vi ejusdem constitutionis excludisset. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres consanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios sororum honoraria, *l. 1. §. antepenult. & penult. l. 2. §. 4. de suis & leg. hær. l. 1. §. penult. ff. unde cogn.* Post fratres germanos eorumque demortuorum filios ad hæreditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, consanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in stirpes. Quod si neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quisque proximior est, ita alterum vult excludere: & si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam erciscei. Hinc, inquam, nata est proposita quæstio: Utrum fratrum filii, quando soli sunt, seu quando non concurrunt cum thiis suis, id est, patruis, aut avunculis, in stirpes succedere debeant, ut si unus e fratribus filios pauciores, unum forte aut duos: alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem consequantur, quam ille unus aut duo; an vero in capita, ut in tot partes hæreditas dividatur, quot sunt personæ succedentium? Azo censuit eos in capita succedere; Accursius in stirpes. Azonis sententia vi ipsa unico tantum defenditur argumento, tempe quod ea & juri veteri, & posterioribus quoque constitutionibus consentanea sit, nec ostendi possit Justinianum quicquam in casu proposito innovasse. Accursius eumque secuti prius fatentur, posterius negant & in hac quoque parte jus vetus a Justiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius capere possint, quam is, cujus personam repræsentant, accepturus fuisset, *§. cum filius 6. Instit. de hæred. quæ ab intest.* At filii fratrum succedunt jure repræsentationis: Ergo, &c. Qui partes Azonis tuentur, respondent falsam esse istius argumenti assumptionem; si in sensu diviso, quod hic quæritur, accipiatur, id est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianum in *dict. cap. 3. Novella 118.* eo tantum casu filios fratrum jure repræsentationis succedere velle, quando concurrunt cum thiis suis, quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint, quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuisse ut in patris sui locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur, quod necessarium non sit, cum soli reperiuntur, & propria ex persona succedere queant. Neque enim generaliter voluisse Justinianum, ut semper esset repræsentationi locus filiis fratrum succedentibus vel ex eo liquere, quod non statim idem jus constituit, cum fratres succedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Novella 127.*

Secundo proferunt Accursiani exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis suis, sive soli quasi post constitutionem Justiniani, eadem plane sit ratio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc est. Sed bene respondent sectatores Azonis, duas hasce species certo jure distinctas esse. In linea recta descendentium nunquam proximitatem spectari, *§. cum filius & §. ult. Instit. de hær. quæ ab intest.* in linea transversa perpetuo & solam, *Inst. de leg. agn. succ. in pr. & pr. Instit. de succ. cogn. l. 3. Cod. de leg. hæred.* unde unum tantum illum casum, nempe cum fratrum filii cum thiis suis concurrunt, excepit Justinianus. Denique & hoc vel maxime Accursius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos, & avunculos, qui eodem gradu sunt, *d. c. 3. vers. quandoquidem.* Cui argumento respondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu sunt proximiores; nec tamen inde sequatur eos hoc casu succedere jure repræsentationis, non magis quam si quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus præfertur fratri ex altero duntaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu est; ergo jure repræsentationis succedit. Concludit igitur Azo fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis qui eodem gradu, aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius. Sicut ex constitutione Justiniani potius est jus filiorum fratris tanquam descendentium, quam patruorum, qui instar sunt ascendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum propter duplex vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. Hotom. *illust. qu. c. 14. Zas. lib. 1. intellect. sing. c. 7.*

Atque

Atque hæc quidem ita pro defensione Azonis sententiæ, cui & ipse alibi acquiesco, non improbabiliter disputari videntur, sed vereor, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *dict. Novellæ* 118. *cap.* 3. Azonis opinio minus convenit. Postquam enim Justinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad successionem defuncti admisisset jure repræsentationis, ut scilicet locum patris sui obtinerent, & tantum consequerentur, quantum pater eorum habiturus fuisset, mox subjicit, ἵνα μὴ πλέον ἔχωσιν, unde consequens est, ut istorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis proponendi sint. Ex quo vero? ex eo nempe quod eos venire voluit ex persona patris sui. Huic enim consequens est ut fratribus defuncti consanguineis tantum aut uterinis præferantur, sicut pater eorum, si viveret, iisdem præponeretur, ut ipse Imperator ibidem ait. At inde, inquam ego, & hoc consequens est, & sententiæ Justiniani conveniens, ut etsi defunctus nullos fratres germanos reliquit, sed horum filios duntaxat, fratresque uterinos aut consanguineos, isti fratrum germanorum filii hosce thios suos excludant non proprio aut proximitatis jure, sed repræsentationis; ac proinde non in capita, sed in stirpes hæreditatem dividere debeant. Præterea in *cap.* 3. *vers. quando quidem igitur* ait Justinianus ex eo quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοῦτο πρεσβεῖον dedit, manifestum esse eos etiam thiis defuncti præponendos esse, quamvis gradu parentibus: unde iterum liquet, eos nec hoc quidem casu ex sua persona, quia sunt proximiores, thiis defuncti anteponi, sed ex persona patris sui, quem repræsentant, & cujus locum subeunt; ac proinde etiam hoc casu non in capita, sed in stirpes ex sententia Justiniani eos succedere necesse est. Etenim omnino hic considerandum est, quod Justinianus, ut apparet ex tenore totius istius *cap.* 3. *Novellæ* 118. jus repræsentationis introduxit, non ad hoc solum, ut filii fratrum possent concurrere & simul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, succedere; verum etiam ad excludendos alios, qui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari sunt gradu; & alias obstarent, quominus illi soli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos, a quibus ipsi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres scilicet defuncti consanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi potest, quam quod filii fratrum, citra hanc repræsentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejusdem excludere possunt: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti consanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu sunt proximiores. Nec verum est, quod contrariæ sententiæ auctores ajunt, fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctos, qui propter duplex vinculum proximiores habentur: sed illud verum est, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum esse, ut vicem patrum suorum sustineant, & jure repræsentationis, quamvis uno gradu sint remotiores, tales thios suos excludant. Similiter & illud, quod ajunt, successiones facilius descendere, quam adscendere, si juris nostri rationem spectes, falsum est in linea transversa; neque hanc novi juris a se constituti rationem affert Justinianus; sed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris sui succedere: quod etiam bene observavit Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 16. *thes.* 5. & Anton. Faber *in disput. forens.* quam subjecit libello *de var. nummar. debitor solut.* Quamobrem ex sententia Justiniani sic omnino statuendum videtur, fratrum filios, sive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, sive vocentur ad exclusionem aliorum, qui alias cum iis concurrent, aut eos ipsos excludent, non alio jure ad hæreditatem admitti, quam repræsentationis, nec in capita, sed in stirpes succedere. Quid vero, si defunctus nullos fratres aut thios reliquerit, sed fratrum filios duntaxat? Hic facile admittam in capita eos succedere debere: quippe cum hic ex propria persona venire possunt; ac proinde non indigeant privilegio. Est enim jus repræsentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, nisi ex necessitate: quanquam ne hoc quidem concedant Ant. Faber & Bachovius. Et igitur, si isto, quem dixi, sensu quæstio proposita, utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant, accipiatur, haud gravate Azonis sententiæ subscribam: cum utique circa hunc casum a Justiniano quicquam mutatum esse doceri non possit. Atque hæc Cujacii quoque sententia est *parat. Cod. de legit. hæred.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus casibus, in linea collaterali repræsentationi locum esse, item Fachinæi *lib.* 6. *controv. c.* 3. & Bronchorstii *centur.* 3. *assert.* 69. quæ etiam probata Senatui Sabaudiæ, teste Anton. Fab. *Cod. suo forens. de legit. hæred. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda constitutio Caroli V. qua Azonis sententiam in comitiis Spirensibus confirmavit anno 1529. quod & Mynsingero visum arguunt, qui scribit *cent.* 3. *observ.* 94. Postquam hæc scripseram, animadverti, & hanc Græcorum esse sententiam ex Harmen. *l.* 5. *t.* 8. *n.* 21. ubi scribit: Si defuncto fratres non supersunt, sed filii fratrum duntaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus κατὰ πρόσωπα ἢ κεφαλὰς αὐτῶν γίνεται ὁ πλησμονὴς, τοσοῦτοι, ὅσοι εἰσὶν, εἰ ἴσοι ἐκ πλῶ πλησμονῆς κεφαλαί, per capita & in singulas eorum personas hæreditas distribuitur, id est, quotquot sunt, ex æquis portionibus ad hæreditatem vocantur. Quo jure in proposito nostrates utantur, cognosci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de succeff. ab intestato.* Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 28. Nobis in hisce quæstionibus propositum non fuit indicare semper, quid juris in quaque re legibus aut moribus nostris observetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

CAPUT XXXI.

An in successione fratrum consanguineorum & uterinorum, discretio bonorum observanda? Et obiter, an observanda in successione ascendentium?

DEficientibus intestato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Justinianus ad hæreditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos consanguineos & uterinos. *Novella* 128. *c.* 2. & 3. qua constitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea rum a Leone & Anthemio *l.* 4. *Cod. de bon. quæ lib. in pot.*

tum

tum ab eo ipso *l. ult. Cod. de succeſſ. Novella* 84. *c.* 1. §. 2. ſancita ſunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; ſed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admiſſis ſimul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admiſſis, ut illi quoque excludant fratres defuncti conſanguineos & uterinos, a quibus ipſi antea excludebantur. Quæſitum autem eſt, utrum hi fratres defuncti conſanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa conſtitutione Juſtiniani ſuccedant? an ita, ut conſanguinei bona paterna, uterini bona materna conſequantur, ſola aut aliunde quæſita æqualiter inter eos dividantur? Communis ſententia eſt, in hac ſucceſſione bona a patre profecta ad conſanguineos, a matre profecta ad ſolos uterinos pervenire. Gomez. *ad leg.* Taur. 8. *num.* 8. Graſſ. §. *ſucceſſio ab inteſtato qu.* 32. Forſter. *lib.* 8. *de ſucc. ab int. cap.* 8. unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri, quam ſententiam etiam amplexi ſunt Cujacius in *expoſit. Novella* 84. Don. *lib.* 9. *comm.* 4. Gudelin. 2. *de jur. noviſſ.* 15. Fundant autem hanc ſuam ſententiam in *leg. de emancipatis* 13. §. 2. *Cod. de leg. hæred.* Sit ſane negari non poteſt, quin Juſtinianus illic fratres omnes ad ſucceſſionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos ſolos ſuccedere vult, qui ſunt ex eadem matre. Nam de ſolis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib.* 6. *contr. cap.* 5. id accipi conſuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, ſi dicamus illic agi de caſu patris adhuc ſuperſtitis, quo propter uſumfructum, quem pater habet, evidenter eſt bonorum diſtinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona a matre profecta ſolos ex illa conſtitutione vocari, qui ſunt ex eadem matre, excluſis fratribus conſanguineis, quod Novella Juſtiniani lege 118. *cap.* 3. negant eſſe mutatum. Sed videamus, an hoc, quod dicunt, verum ſit. Equidem deciſio hujus quæſtionis non ex legibus Codicis, ſed ex noviſſima illa Juſtiniani conſtitutione petenda eſt. Et nos contra intrepide aſſerimus etiam id, quod a Juſtiniano in *d. l. de emancipatis* §. 2. *Cod. de legis. hæred.* conſtitutum eſt, per *dict. Novell.* 118. *cap.* 3. eſſe abrogatum. Nuſquam magis variant leges & conſtitutiones præſertim poſteriorum Principum, quam citra jura ſucceſſionum ab inteſtato, nec tantum circa ordinem deſcendentium, verum etiam aſcendentium & lateralium, uti videre eſt *Inſtit. de hæred. quæ ab int. def. item de leg. agn. ſucceſſ. ad SC. Tertull. & Orfic. & Cod. eod. l.* 4. *Cod. de bon. quæ lib. leg. ult. Codice commun. de ſucceſſ. l.* 13. *& leg. ſeqq. Cod. de legis. hæred. Novell.* 84. *cap.* 1. *& 2. &c.* Juſtinianus autem omnia illa priora jura circa hæreditates inteſtatorum, & ſuas quoque ipſius conſtitutiones juſſit ceſſare, *ἀγρᾶφον*, *dicit. Novell.* 118. *in princ.* eaque ſola pro jure in poſterum ſervari, quæ illic tandem de novo conſtituit. Relinquitur igitur, ut ex eadem Novella quæſtio propoſita decidatur. Quod igitur illic conſtituit Juſtinianus; Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & ſorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræſentationem ſuccedere in univerſa bona defuncti fratris. Poſt hos ſecundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, ſive per patrem, ſive per matrem, & ſimpliciter item, ac ſine ulla bonorum diſtinctione. Hac igitur conſtitutione abrogatur *l. ult. Cod. comm. de ſucceſſ. Nov.* 84. §. 1. *& 2. cum ſimil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum a fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, ſed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentes amittantur duntaxat, hi etiam parentibus excludantur, demum poſt parentes, quos antea excludebant, & poſt fratres germanos, in quo ſolo nihil mutatur de illarum conſtitutionum priorum jure, voceatur: & denique demum poſt fratrum germanorum filios, quibus ipſi ante hanc Juſtiniani Novellam præferebantur: In *leg. de emancipatis* §. 2. *Cod. de pet. hæred.* quæ poſterior eſt *dict. leg. ult. cap. comm. de ſucceſſ.* non tractatur ſimpliciter talis caſus, quo fratres ſibi invicem ſuccedunt, verum quo ſuccedunt fratri emancipato, concurrente patre defuncti quoad uſumfructum: hoc caſu, ſi emancipatus reliquerit bona materna, in ea ſolos eos ſuccedere vult Juſtinianus, qui ſunt ex eadem matre: cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera, inquam, præter materna, ac proinde tam ea, quæ a patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere, quam, tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati ſunt, quam qui ex eodem: nam ſub tota fraternitate comprehendentur utique & conſanguinei & uterini. Quo colore igitur Interpretes ex hoc loco illud ſuum, paterna paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipſum, quod circa eam ſpeciem Juſtinianus ibi conſtituit poſtea, ab eo ſublatum eſſe ſatis evidenter arguit *dict. Novell.* 118. *cap.* 2. *& 3. in princ.* ubi cum poſt deſcendentes ſtatim vocaſſet aſcendentes defuncti proximos, & cum his ſimul ad hæreditatem admiſiſſet fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus deſcendentibus & aſcendentibus ex lateribus primo loco vocat eoſdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum diſtinctio eſt; & poſt hos ſecundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, ſive per patrem ſolum, ſive per matrem. Ex eo autem, quod poſt fratres utrinque conjunctos ſimpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, conſanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam ſimiliter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris ſuccedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejuſdem fratribus conſanguineis; aut plus his, quam illis, in bonis profectis a patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, ſecundum quam ſucceſſio fit in univerſa defuncti bona, pariterque ad ſucceſſionem vocati æqualiter defunctum repræſentant. Quando autem bona, licet a diverſis parentibus profecta, ſemel alicui obvenerunt, ut nunc fiunt, & ſimplex ejuſdem patrimonium inſuper habita cauſa acquiſitionis. Quod ſi bonorum origo & cauſa attenderetur, conſequens & rationis eſſet, ut etiam conſanguinei cum fratribus utrinque conjunctis eorumque filii admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut ſi tantum ſint bona paterna, nulla materna, uterinus a conſanguineo excluderetur: & ex adverſo, ſi nulla paterna, conſanguineus ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, ſi cujuſam acquiſitionis & originem bonorum, non ipſum jus ſucceſſionis, & propinquitate ſuccedentium conſideremus, nihil operari poteſt duplicitas vinculi. Et ita in feudis conſanguineum ab utrinque conjuncto non excludi conſtat. Ita ex veteribus Fulgoſius & Cornetus in

auth. itaque Codice commun. de succeff. ex recentioribus Petrus Barbosa ad *leg. post dotem* 41. *num.* 2. *sequentibus, num.* 71. *ff. solut. matrimon.* Andreas Fachinæus *lib.* 6. *controver. cap.* 5. Bachovius ad Treutl. *vol.* 2. *disput.* 16. *thes.* 4. Iidem rationibus evincitur, nec in successione adscendentium ullam bonorum diserctionem faciendam esse, sed ascendentes quoque diversæ lineæ, qui pares gradu sunt, æqualiter succedere in bonis defunctorum liberorum undecumque profectis, non inspecta scilicet causa acquirendi, sed sola persona ejus cui succeditur, ut recte post veteres allegatos a Mynsingero *lib.* 6. *observ.* 55. *num.* 3. Barbosa, *dict. loc. num.* 67. & Fachin. *dict. lib.* 7. *cap.* 4. docent: & consentiunt Forster. *lib.* 7. *cap.* 4. *num.* 2. Graff. §. *successio ab intestato, quæst.* 22. *num.* 5. quod mirum est, cum in quæstione modo tractata & huic plane simili a nobis dissentiant: sed hoc & ab aliis factum est. Frustra autem hic objicitur *leg.* 3. *Codice de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum statuitur, ne nepoti defuncto sine liberis in proprietate succedat pater, avus usumfructum habeat, avus scilicet paternus, non maternus. Hæc porro sententia meruit & assensum Cameræ Imperialis testibus Mynsing. *ubi supra*, & Hart. Harm. *pract. titul.* 42. *observ.* 3. & Senatus Sabaudici, teste Anton. Faber *Cod. suo for. lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2.

CAPUT XXXII.

An justa sit causa revocandæ donationis, si donator post factam donationem liberos susceperit?

MOrtis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio donatoris, seu ex pœnitudine revocari potest, §. 1. *Instit. de donat. l. mortis* 16. *l. qui mortis* 30. *ff. de mort. caus. donat.* Mera autem & simplex donatio natura sua irrevocabilis est. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam reprendentis, non ex intentione donantis: utpote, qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *leg.* 1. *ff. de donat. l. ubi sita* 27. *ff. de mort. caus. donation.* quamquam tamen, si præsciviſſet donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abstinuisset: unde ortum est etiam in hisce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permissa, sed ob insignem duntaxat, & talem, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta; nempe, si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidiatus; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conditiones donationi appositas implere nolit. Ob has enim causas duntaxat donationem revocari permisit Justin. in *l. ult. Cod. de revoc. don.* Additur tamen a DD. & alia causa revocandæ donationis, videlicet si donator, tempore donationis forte illiberis, post donationem factam liberos susceperit, *arg. leg. si unquam* 8. *Cod. de revoc. donat.* Quamvis enim ista constitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario, putant tamen quorumcumque donationes eodem illo jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potissimum argumento, quod quoties ratio legis generalis est, toties quoque ipsa lege dispositio generalis esse intelligitur: & assumunt pro vero generaliem esse juris, quod *in dict. leg.* 8. *Cod. de revocat. don.* constituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc esse, quod nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere voluisse, *argum. leg. cum avus* 102. *ff. de condit. & demonstrat. leg. cum avus* 102. *ff. de cond. & demonstrat. leg. cum acutissimi* 30. *Codice de fideicomm.* Unde porro elicuit qui liberos non habet, in se continere tacitam conditionem, ut si liberi ei postea nati fuerint, donatum ad se revertatur, quippe quem si de liberis cogitasset, donaturum non fuisse credi oporteat, Gomez, *lib.* 3. *var. resolut. cap.* 4. *n.* 11. Clar. §. *donatio, qu.* 226. Cujac. *lib.* 8. *obs.* 5. Mynsing. *lib.* 5. *obs.* 63. *& seq.* late Tiraq. *in d. l.* 8. *Cod. de rev. don.* Tuld. *in C. de rev. don. n.* 3. Fachin. *l.* 3. *contr. c.* 85. quo jure & nos uti scribit Gro. *lib.* 3. *introd. c.* 2. adde Christin. *vol.* 4. *decis.* 192. Timæ. Pab. *disp. annex.* 17. *thes.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior est sententia eorum qui asserunt in foro patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis speciem locum habere. Cur enim Imperatores, si idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluissent, patroni tantum & non liberti mentionem faciunt? An quia ad consultationem partis rescribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui hanc suam constitutionem non dirigunt ad consultorem aliquem, sed ad Præfectum prætorio in forma edicti perpetui, hunc in modum: *Si unquam liberis patronus filios non habens*, &c. Quod si in quolibet donatore idem obtinere voluissent, uno saltem verbo id indicassent, aut utique ita scripsissent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit &c.* Itaque constitutio hæc, quæ singulare jus continet, *leg. ficus* 5. *Cod. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus semel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non est extendenda. Multa in liberto sunt singularia, quæ constat ad alios trahi non posse, quippe qui propter inæstimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, sed etiam obsequia & operas, *ff. de obsequ. part. & part. præst. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberosque patroni de suo alere tenetur, *l. si quis* §. *solent*, 22. *ff. de agnoscend. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona sua patrono debet relinquere, & cujus intestati bona certis item conditionibus ad patronum liberosque ejus redeunt. *Instit. de succes. libert.* quem eumdem ob causam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni constituta sunt, §. 1. *Instit. qui & quib. caus. man.* §. 1. *Institut. de hæred. qual.* & iniquum esse constitui in aliis. Unde etiam est, quod vel neglectus obsequii in liberto donatario sufficiens causa sit donationis in eum a patrono collatæ revocandæ, *l.* 1. *Cod. de revocat. donat.* Cum itaque qualitas ipsa personæ donatoris & donatarii sit præcipua causa hujus revocationis, non soli aut per se liberi a donatore postea suscepti; quis non videt propter eamdem conditionem personæ in liberto donatario duntaxat hanc præsumptionem valere Principes voluisse, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro affectu donare; nimirum ut

natis

natis postea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propositum in mente testantum nihil operatur. Nam quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non pertinere, *l. si vero 64. §. pen. ff. solut. matr. l. quod constitutum 22. ff. de testam. milit.* Et illud utique palam est, jure communi non sufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præsumatur, cum utriusque consensu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, nec conjecturas sectari; ubi verba legis aperta sunt ac clara, & sensum minime absurdum habent. Perpesam vero ad præsentem casum trahitur, quod pro ratione decisionis in specie dispositionis ultimæ proposita in *leg. cum avustissimi 30. Cod. de fideicomm. dict. leg.* affert Justinianus, neminem scilicet præsumi alienas successiones propriis anteferre. Nam decisio *l. cum avustissimi* tantum locum habet in testatore fideicommisso gravante unum ex progenie sua, cujus porro posteri & ipsi sint in familia testatoris, quod quomodo ad nostrum casum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum absolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Ee alioqui pari ratione revocatio tei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, postea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos suscepit. Cui addè, quod dispositiones ultimæ ex solius testatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus solius arbitrio constituuntur, sustinentur, & revocantur, *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonstr. l. ex facto 35. §. rerum 3. ff. de hæred. Instituto. si mihi 12. in fin. ff. de legat. 1.* secus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas spectanda, nec pœnitentia admittitur, *l. non solum 3 1. ff. de oblig. & act. l. sicut 5. Cod. eodem*, & in quibus contra eum fieri solet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui, & legem, quam vellet, claris verbis exprimere *l. veteribus 39. ff. de pact. l. quidquid ff. de verb. oblig.* cum similibus. Similiter nostro casu adaptari nequit, quod Papinianus in *leg. cum avus 102. ff. de condit. & demonstrat.* cum speciem proposuisset, ubi testator a nepote, quem ex parte hæredem instituit, petiit, ut post mortem hæreditatem restitueret patruo suo, respondet oepore liberis relictis, mortuo defecisse conditionem fideicommissi, ductus conjectura pietatis, ut ipse ait; nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluisse in eum casum, quo liberi nepoti nascerentur, eo quod pietas suadeat, ut liberis potius relinquatur hæreditas, quam aliis, utcumque testatori defuncto conjunctis; nam in casu *dict. leg. cum avus*, rogatus est nepos hæreditatem restituere testatoris filio, nec credendum sit avum pro nepote id consilium cepisse, quod ipse oepos non nisi impie capturus erat, ut recte Antonius Faber *leg. 7. conject. 14.* Hoc vero longe diversum est a casu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & absolute quid transtulit, qui nec ex liberis donatoris est, nec de re donata reddenda absque expressa convention obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. leg. si unq.* non tantum locum habet si omnia bona, sed etiam si pars aliqua eorum donata sit. Est vero absurdissimum ob liberos donatori postea natos donationem patris alicujus bonorum cuicumque & a quocumque factam revocari; quippe quo admisso, nemo nisi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, sed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem *d. leg. si unq.* qui proinde de ils jam iterum libere disponere potest, & salva saltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoscumque velit, conferre, *l. 1. l. 2. & tot. tit. Cod. de inoffic. donat.* Atque ita, quo nihil dici potest absurdius, posteriores illi potiores erunt & præferentur ei, in quem jam antea earum rerum dominium plene & absolute translatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri: quod vel solum argumento esse potest, qualitatem ipsam personæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam esse hujus revocationis causam. Ex hoc porro simul concidunt objectiones sumptæ a miseratione liberorum, & injuria, quæ alias eis fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis est jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela scilicet inofficiosæ donationis, *tit. Cod. de inoff. donat.* Et ipse quoque pater eam revocare potest, quatenus debitum liberis bonorum subsidium excedit, *l. si tanta 5. Cod. eod. tit.* Aliud remedium frustra quæsieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos postea natos tamquam ex causa generali loquatur, ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, sed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset; certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluissent, id omissurus non fuerat. Quid quod & Canones huic nostræ interpretationi consentiunt, *cap. ult. cap. 17. q. 4.* ubi D. Augustinus laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ illis Ecclesiæ donaverat: *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Respondet Fachinæus *d. lib. 3. c. 86.* Constantinum non potuisse ligare Ecclesiam: quasi vero res Ecclesiæ exlegis fuerint. Posset forte huic responsioni species aliqua prætexi, si Augustinus de Romaoa loquutus fuisset: quia jam tum scilicet a Constantino facta erat Sylvestro Episcopo Romano prodigiosa illa donatio, quæ memoratur, *lib. decret. dist. 96.* Postremo de solis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, constitutionem Constantini, quæ tertia est in Codice Theodosiano, *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Justinianæo *eod. tit.* interpretatus est Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante Imperium Justiniani: eoque modo eamdem constitutionem accepit Harmenop. *lib. 3. tit. 2.* item Azo *in summ.* & plerique Neotericorum, Connan. *lib. 5. comm. c. 10.* Ant. Fab. *lib. 7. conject. cap. 14. & 15.* Donell. *ad dict. leg. si unquam*, Bachov. *ad Treutl. disp. de donat. thes. 7. litt. E.* Coras. *lib. 7. miscell. cap. 30.* Horom. *lib. 1. respons. amic. cap. 12.* ubi levicula quædam removet, quæ a Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale 72. §. 1. ff. de cond. & dem. & l. 1. Cod. de revocat. donat.* quasi quæ ibi constituuntur de liberto, etiam in extraneis locum habeant, quod cum Accursio & aliis negat Hotomannus. Sed sit ita, quædam, quæ in liberto valent etiam locum habeant in non liberto; inde tamen non efficitur etiam in quæstione proposita eamdem liberti &

extranei rationem esse, cum in pleriſque aliis longe ſit diverſa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum eſt, in perſona donatoris patroni non debeat produci ad conſequencias, *leg. quod vero 14. & leg. ſeq. ff. de legib.*

CAPUT XXXIII.

An per querelam inofficioſæ donationis tota revocetur donatio?

QUerela inofficioſæ donationis ſpecies quædam eſt revocationis donationis factæ inter vivos comparata confirmandæ querelæ inofficioſi teſtamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficioſæ inſtructæ ſunt, *l. 2. l. ſi mater, 7. Cod. de inoff. donat.* Nimirum exhauſto immodica donatione patrimonio querela inofficioſi teſtamenti eluditur: legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, ſive donator eos hæredes inſtituat; ſive inteſtatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen hæredum: nec querela datur niſi præteritis aut exhæredatis *princ. Inſtit. de inoffic. teſtam.* Sed & ſi alium hæredem donator inſtituat, querelam tamen inutilem facit inofficioſa donatio, ut ne ſic quidem præteriti aut exhæredati quicquam conſequantur præter nomen inane hæredum, *l. 3. Cod. eod. tit.* Atque hinc eſt, quod inofficioſæ donationes inſtructæ dicuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti eludendam, excludendam, intervertendam, *l. 1. l. ſi mater 7. eod. l. Titia 87. §. Imperator, 3. ff. de legat. 2.* igitur inofficioſæ donationes excogitatæ eſſent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occurſum eſt opportuno remedio, quo immodicæ hujuſmodi donationes revocarentur, conſtituta in eam rem querela *inofficioſæ donationis* ad exemplum & ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu eſt dicere. Nam cum ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti hæc revocatio introducta ſit, conſentanem videtur, ut quemadmodum per querelam inofficioſi tota reſcinditur inſtitutio, ſic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges ſubjectæ titulo *Cod. de inoff. donat.* hanc comparationem continent. Eſt quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficioſi teſtamenti impugnatur ultima diſpoſitio, & injuria exhæredationis vindicatur: hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus: idque ab ipſis hæredibus, quamvis ſolo nomine: ſed hoc parum ad rem præſentem facere videri poteſt, cum in *leg. ult. Cod. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non eſſe, quin immodicarum donationum omnibus querelis ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta, ut ſit in hoc actionis utriuſque vel una cauſa vel ſimilis æſtimanda, vel idem & tempotibus & moribus. Afferuntur pro hac ſententia & loci nonnulli [aliunde petiti,] præſertim ab Antonio Fab. *lib. 3. conject. 17.* Et primum quod apud Ulpianum *leg. ſi libertus 16. ff. de jur. patron.* legitimus, libertus ſe minorem centenario in fraudem legis fecerit in totum non valere, quod actum eſt: unde colligunt etiam donationem inofficioſam, quæ & ipſa in fraudem legis ſit in totum non valere aut revocari. 2. *cum res 4. Cod. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia ſua bona donaſſet Luciano, eaque defuncta relicto filio Lucianus bona ſibi donata & tradita emiſſet a filio hærede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodeſſe Luciano ad defenſionem, ne (*filius exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc avocare,*) quæ verba videntur manifeſte oſtendere filium immodicam donationem a matre factam in ſolidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri poteſt, quam ad illa antecedentia, *omnia bona tibi ab ea donata.* Cæterum hæc ad deciſionem hujus quæſtionis non ſatis momenti habent. Nam dici poteſt comparationem illam utriuſque querelæ non abſolute, ſed ſecundum quid accipiendam eſſe, quatenus ſcilicet una & ſimilis utriuſque cauſa eſt, eademque temporibus & moribus, cum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *leg. ult. Cod. de inoffic. donat. omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta*, commode ſic accipiuntur, omnibus ſcilicet legibus, quæ de hac querela diſpoſuerunt, vel pro omnibus, quibus conceſſa querela inofficioſi teſtamenti: ut illud diſcrimen adhuc maneat, quod licet teſtamentum inofficioſum in totum reſcindatur; immodica tamen donatio pro parte duntaxat: idque hac ratione, quia teſtamentum inofficioſum privat liberos hæreditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur, at donatio inofficioſa non facit, quominus iidem donatori hæres ſint, qui ſine donatione futuri erant, *l. 4. Cod. de contr. empt.* ſed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri eſſent, puta portionem ſaltem legitimam.

Sed & comparatio inofficioſæ donationis, & donationis factæ a liberto in fraudem legis & patroni dici poteſt claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, ſed illam liberti in totum, quia libertus donando ſe minorem faciens centenario, facit omni ex parte in fraudem legis, *d. leg. ſi libertus, 16. ff. de jure patron.* Inofficioſam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut beſſem (ut hodie) excedit, in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipſo jure non valere, *dict. leg. ſi libertus*, hanc etiam, quæ parte inofficioſa eſt, ipſo jure valere ab initio, ſed inſtituta querela, quatenus inofficioſa eſt, reſcindi *ſor. tit. C. de inoffic. donat.* Ad deciſionem quoque quæſtionis propoſitæ non multum facit *dict. l. 4. Cod. de contr. empt.* quoniam ibi alia quæſtio principaliter tractatur, nec eſt neceſſe, ut propter id, quod in fine conſtitutionis dicitur, filium non poſſe hæc avocare, dicamus alias cum bona omnia, quæ donata ſunt, poſſe avocare. Conſtat reſcripti ſententia, ſi aliusquædam avocare potuiſſet: nec verba reſpuunt hanc interpretationem, quod ſcil. hoc ſentiant Imp. uſque ad eam partem, quam alias avocare poſſet filius, Luciano emptionem prodeſſe, nempe ut ex emptionis cauſa etiam rientem retinere poſſit, quem ex cauſa donationis retinere non poterat. Majorem ſpeciem habet, quod Alexandrum Imperat. Claudiano Juliano reſcripſiſſe Paulus in *l. Titia Sejo, 87. §. 3. de legat. 3.* memorat, donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari, quod non niſi de dimidia totius quod donatum eſt, capi poſſe videtur, cui conſequens eſt ſi in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in ſolidum.

Sed

Sed tamen ego huic ſententiæ acquieſcere non poſſum: & magis puto ex cauſa inofficioſæ donationis non totum revocari, quod donatum eſt, ſed pro ea tantum parte, pro qua donatio eſt inofficioſa, modum ſcilicet legitimum excedens, & quartam iis quibus debetur, adimens. Non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo, quoties lex ad certum modum aliquid permittit, ſi hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod geſtum eſt, ſed quod illicite geſtum eſt duntaxat, *l. placuit*, 29. *ff. de uſur. l. ſuncimus*, 34. *C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari, *l. 1. §. ſed ſi mihi*, 5. *ff. de verb. oblig. C. utile, de reg. jur. in 6.* 2. Quia alias in caſu donationis omnium bonorum, aut ejuſmodi partis, quæ legitimam minuat, ſupervacanea eſſet conſtitutio *leg. ſi unquam*, 9. *Cod. de revoc. donat.* quoniam certum eſt jure veteri liberis ſive tempore donationis jam natis, ſive poſtea editis hanc querelam competiiſſe. 3. Probatur hæc ſententia textu expreſſo in *leg. 2. Cod. de inoffic. donat.* ubi donatio immenſa in filium in poteſtate conſtitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciſcundæ quarta pars debitæ ab inteſtato portionis ſorori ejus præſtetur incolumis. Reſpondet Anton. Faber, vim oppoſitionis duorum caſuum, quorum uno donatio in filiumfam. collata, altero in emancipatum, in hoc ſitam eſſe, quod priore caſu legitima tantum, poſteriore totum revocetur. Sed hoc prorſus commentitium eſt, vel quia priore potius caſu donatio ex ratione juris nulla & invalida in ſolidum revocanda erat: vel potius quia ut ex ipſo textu apparet, in hoc oppoſitio conſiſtit, quod priore caſu remedio ordinario, poſteriore extraordinario querela inofficioſæ donationis revocetur: utroque autem caſu uſque ad legitimam. 4. Per *l. ſi totas*, 5. *Cod. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immenſa detrahi, quod neceſſe eſt relinqui liberis non ingratis ad ſubmovendam inofficioſi querelam. Reſpondet Ant. Fab. donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuiſſe, eoque initio inſpecto donationem non fuiſſe inofficioſam. Quid tum poſtea? Nonne ſatis eſt donationem poſtea propter alios liberos ſuſceptos inofficioſam fieri, ut liberi queri poſſint? De cujus querelæ natura ſic eſt ut donatio in ſolidum revocetur, etiam hoc caſu eumdem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *l. ſi mater*, 7. *C. eod.* ubi Imperatores non totum, quod geſtum eſt, revocari ajunt, ſed diſertis verbis, quod immoderate geſtum eſt. Reſpondet Ant. Faber, totum revocari quod immoderate geſtum eſt, non quatenus immoderate geſtum eſt: quod eſt apertum ἀφόρμαν meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda eſt explicatio *l. Titia Sejo*, 87. §. 3. *de legat.* 2. ubi eadem plane ſpecies proponitur & dicitur, quæ in hac *leg. ſi mater*, excepto eo, quod illic avus in unum e duobus nepotibus totum patrimonium ſuum effudiſſe proponitur, hic mater in unum e duobus filiis. Igitur quemadmodum hic non dimidium totius, quod donatum eſt, ſed dimidium ejus quod illicite donatum eſt, revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *dict. l. ſi mater* explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam adverſus agentem ſufficeret: ita etiam illic nempe in *dict. l. Titia Sejo* §. 3. dimidiam partem accipere debemus, partem dimidiam ejus, quod immoderate geſtum eſt, non omnium bonorum, ſed portionis legitimæ, utrique ſcilicet debitæ: eoque facit & *Nov. 92.* cujus ſpeciem ex Harmenopulo ponit Cujacius, *lib. 5. obſerv. 14.* 6. Facit huc optimus textus in *leg. ſi liqueat*, 8. *in fin. princ. C. de inoffic. donat.* ubi expreſſe dicitur, pro ratione quartæ, quod donatum eſt, diminui. Reſpondet Antonius Faber, intelligi ibi quartam non legitimam, ſed quartam ab inteſtato debitam, fingitque in caſu illic propoſito matrem quatuor reliquiſſe liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Imperatores, *ad inſtar inofficioſi teſtamenti convicti*. Illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, ſed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *leg. unic. Cod. de inoffic. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti dicitur liberis adverſus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita ſunt illud ipſum, quod in *leg. 5. Cod. de revoc. donat.* appellatur debitum bonorum ſubſidium. Non me latet pleroſque ita diſtinguere, ut ſi in extraneos collata ſit donatio cum conſilio fraudandi, tunc tota revocetur: ſi ſine conſilio fraudandi, pro parte tantum: ſi in aliquem ex liberis, indiſtincte pro parte duntaxat, eamque diſtinctionem judiciis & conſuetudine publica probari, teſtibus Sichard. *in l. 1. n. 4. C. de inoffic. donat.* Gomez. 2. *var. reſol. 4. num. 13.* Covarr. *pract. qu. 19. num. 12.* Cæterum juri ſcripto conſentaneam non eſſe patet ex *dict. l. 1.* ubi extranei & liberi eodem jure cenſentur. Nec vero perſona accipientis donationem inofficioſam facit; ſed profuſa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & conſilium fraudandi habuerit, *d. l. 2. l. 7. Cod. eod.*

CAPUT XXXIV.

An pro mortis cauſa donatio haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam ſe nullo modo revocaturum donationem?

MOrtis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis ſuſpicionem: veluti cum quid metu mortis vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi peſtis graſſetur, &c. *l. 1. & aliquot ſeqq. l. ſenatus*, 35. §. *mortis*, 4. *ff. de mort. cauſ. donat.* Cæterum an propter mortis ſuſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſtimandum eſt; nec enim ſufficit ad hanc donationem a moriente aut in periculo mortis poſito quid donatum eſſe, niſi verbis declaraverit, ſe ob metum propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis cauſa, quam moriens donaſſe cenſetur, *l. Seja*, 42. §. *in fin. ff. de mort. cauſ. donat.* Quin etiam extra ſuſpicionem alicujus periculi, & ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa recte donatur ſola cogitatione mortalitatis, *d. l. 2. & d. l. Senatus* §. 4. Sed itidem verbis hoc declarandum eſt, ne alias donatio pro pura & ſimplici habeatur. In omni autem mortis cauſa donatione, qui donat, ſe primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potius, quam dediſſe mavult: & ut verbo dicam, ſe potius habere vult quam eum, cui donat, illum deinde potius hæredem ſuum *leg. 1. dict. leg. Senatus* §. 2. *eod.* Atque hæc ratio eſt, cur hanc donationem revocare liceat, ſecus atque donationem inter viros: quippe in qua qui donat,

mat, donatarium solum cogitat, atque illum, quem se habere mavult. Tribus autem casibus mortis causa donatio fit irrita aut revocari potest, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, sublatione: uno ex parte donatarii, si is ante donatorem moriatur, *leg. mortis causa*, 19. *leg. si mortis*, 29. *& l. seq. ff. eod.* §. 1. *Instit. de donat. leg. non omnis*, 19. *ff. de reb. cred.* quamquam conventione effici potest, ut ne revocetur omnibus istis casibus, *l. si alien.* 13. *in fin. ff. de mort. caus. donat.* Illud autem quæritum est, an & illa donatio pro mortis causa donatione habenda sit, si donator mortis mentione facta adjecerit clausulam, se nullo casu aut modo donationem revocaturum. Et magis est, ut ea non pro donatione mortis causa, sed pro donatione inter vivos habenda sit: quod & communiter placuit Bart. *post Gloss. in l. ubi ita donatur*, 7. *ff. eod.* Clar. §. *donatio q.* 4. Gomez *lib.* 2. *var. res.* 3. *c.* 4. *n.* 22. Schneid. *in* §. 1. *Inst. de donat. n.* 3. *&* 4. Fachin. *lib.* 5. *c.* 23. Tulden. *C. de mort. caus. donat. n.* 3. Perez. *ibid. n.* 12. Bachov. *ad Trentl. vol.* 2. *disp.* 19. *thes.* Etenim cum ex sententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *leg.* 2. *ff. eod.* ex mortis causa donatione vel non statim transeat dominium, vel transeat sub tacita conditione, ut scilicet non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit insecuta, *l. non videntur*, 32. *ff. eodem*, mortis causa donatio dici non potest, per quam pure & absolute omnique jure revocandi excluso dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis causa, donator se primum cogitet, & ipse rem habere malit, quam donatarium, *l.* 1. *l. senatus*, 35. §. 2. *eod.* mortis causa donationi non potest adscribi illud genus, in quo donator solum spectat donatarium, & illum potius, quam se habere vult. Nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere potest. Unde etiam plus quam manifestum est, hic deficere partem aliquam donationis causa mortis substantialem, & ideo in aliam donationis speciem rem transire, quidquid in contrarium disputet Ant. Faber *decis.* 45. *err.* 1. Immo nec potest ullo modo videri mortis causa, id est, propter mortem & periculum imminens donatum esse, cujus revocandi facultatem omnem sibi donator ademit. Et hoc est, quod Marcianus responso suo significat in *l. ubi ita*, 27. *ff. eod.* cum ait, *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *causa donationis magis est, quam mortis causa donatio*: ideest, in ejusmodi donatione mors est potius causa impulsiva & occasio donandi, quam causa finalis, seu τὸ διότι. Unde infert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte ostendunt, Marcianum hanc quoque donationem pro specie donationis inter vivos agnoscere. Denique, quia talis donatio, ut cæteræ inter vivos, nullam similitudinem cum legatis habet, §. 2. *Instit. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis causa secus se habet, *l.* 9. *in fin. cum leg. seq. ff. de donat. inter vir. & uxor. l.* 5. *Cod. ad leg. Falcid. leg.* 2. *Cod. de donat. mort. caus.* Frustra autem huic sententiæ objicitur *lex si in alienam*, 13. §. 1. *ff. de mort. caus. donat.* ubi Marcellus notat in mortis causa donationibus etiam facti quæstiones esse: posse sic donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur; & ut reddatur, etiam si prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed & sic posse, ut non aliter reddatur quam si prior ille, qui accepit, decesserit: denique sic quoque posse, ut nullo casu sit ejus repetitio, id est, nec si convaluerit quidem donator, quod totidem & iisdem verbis etiam apud Paulum relatum est, *l. senatus*, 35. §. 4. *ff. eod.* Nam Jurisconsulti illic proponunt diversos casus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis causa donatio secus, atque si nulla lex adjecta fuisset, salvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim saltem casus manere debet, quo revocari hæc donatio possit, & dici donatorem se habere maluisse, quam eum, qui donavit, in quo substantia hujus donationis consistit. Quid vero respondebimus ad *Novell.* 87. *in præfat. & c.* 1. Justiniani esse nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix esse, ut ea in foro ad decisionem causæ allegari possit: quamquam a recentioribus inserta est. Sed respondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *dict. cap.* 1. *dict. Nov.* 87. satis clare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita, aut absoluta ex omni causa, sed ex una duntaxat, nempe ex causa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis causis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplatione donatio facta, aut si durante adhuc periculo præmoriatur donatarius: Nos autem hic disputamus, cujus generis donatio habenda sit, cum quis mortis causa se donare dicit ea lege simpliciter & absolute adjecta, ut nullo casu revocetur. Cujusmodi donationem dicimus annumerandam esse donationibus inter vivos: mortis autem causa donationem non esse nisi κατὰ τὸ λεγόμενον.

CAPUT XXXV.

An dissensio in causis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?

NIhil tam conveniens est æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione*, 9. §. 3. *ff. de acquir. rer. dom.* §. *per traditionem*, 40. *Instit. de rer. divis.* quippe cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter, *l. in re*, 21. *C. mandat.* Cæterum, ut quis velle rem suam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, primum, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat: deinde, ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Prius ideo desideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, *leg. si procurator*, 35. *ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. si per errorem*, 15. *ff. de jurisd.* Ajo in dominio rei suæ: nam si quis non erret in re sua, non in ea de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ac propterea indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. Alterum ideo necessarium, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli. *Nunquam nuda traditio, transfert domi-*

dominium, sed ita, si venditio, cui alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, l. numquam, 31. ff. de acquir. rer. domin. Nec dicat quisquam hoc requiri superflue, cum si nulla causa adsit, præsumi debet donatio, *arg. l. Campanus, 47. ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc solummodo locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorem, 53. ff. de reg. jur.* Illud non refert revera præcesserit causa, an opinione tradentis, veluti si indebitum per errorem tanquam ex justa causa debitum, solutum sit.

Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam; tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio obstet, quominus dominium transferatur. Etsi quidem vel in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in accipiente nulla nanciscendi, nemo dixerit dominium transferri: verbi causa, si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam accipias: aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa; hic, inquam, certum est dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *leg. in omnibus, 55. ff. de oblig. & action.* Ac talia species est, quæ proponitur ab Ulpiano in *l. si ego pecuniam, 18. §. 1. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit Jurisconsultus de nummorum dominio aut de extantium in his causis repetitione, quia ea res expediti juris est, nempe extantes nummos posse vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non est, *leg. rogasti, 11. §. ult. ff. dict. §. ult. Instit. quibus alien. lic.* sed quia de consumptis dubitari poterat, respondeo eo casu locum esse condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra superiore specie contingat, ut is a quo repetuntur, aut possideat nummos consumptos, aut dolo malo desierit possidere. Numquam autem actione in rem tenetur, qui non possidet, si sine dolo desiit possidere, *leg. qui petitorio, 36. ff. de rei vindicat.* Intelligit autem haud dubie condictionem sine causa, cum nullum negotium inter tam aperte dissentientes contrahi manifestum sit. Addit Jurisconsultus *sine doli exceptione*, respiciens nimirum ad speciem initio *dict. leg. si ego pecuniam* propositam, ubi nummis consumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione se tueri queat; eo quod secundum voluntatem dantis consumpti essent. Secus jam esse dicit in ea, quam nunc tractat, specie, & merito. Sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive quasi mutuam, utroque casu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi consumpti sint secundum voluntatem dantis, ut fit, cum quasi mutui dati sunt; tamen quia non est hæc voluntas, ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur, semper cum repetentur, certum est non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in eo, quia quasi donaturus dedit; sed maxime secundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipienti omnem exceptionem & tergiversationem adimit. At enim vero si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi tradam fundum tanquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse, dominiumque in accipientem transire: sic enim generaliter definit Julianus in *leg. eum in corpus, 36. ff. de acquir. rerum domin.* Videtur tamen a Juliano dissentire. Ulpianus in specie posteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quasi donans, tu quasi mutuam accepisti, *dict. leg. ego pecuniam, 18. princip. ff. de rebus cred.* primum negat Ulpianus hic esse donationem; sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait nec mutuam esse: ne in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero dissensit, quia mutuo data non est. Sed quod idem Ulpianus addidit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum dissidere a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis tradendi & accipiendi non obstare translationi, cum in corpus acquirendum consentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declaret in *dict. leg. eum in corpus, de acquir. rerum domin.* quod proponitur ab Ulpiano in *dict. leg. si ego pecuniam, princ.* Sunt qui hoc dissidium componi posse negant. Et sane vix ferri potest, quod Alciat. *leg. 5. parerg. 15.* Zasius *in dict. leg. si ego num. 7. & seqq.* Bronchorst. 2. *assert. 21.* Fac. 3. *enant. q. 67.* ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diversas in iis proponi species: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, sed apud Julianum eam sic accipi quasi debitam accipienti ex præcedente contractu, seu solutionis causa datam: apud Ulpianum, quasi mutuo datam a tradente: pecuniam creditam apud Julianum sic interpretantes, non quasi creditam a tradente sive mutuam datam accipienti; sed quasi creditam antea tradenti ab accipiente, qui putet eam tanquam sibi debitum nunc solvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non potest. Nam ex verbis præsentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam & accipias*; apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut fit sensus, si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi non creditam tibi accipias, non potest autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non sit profecta, qui eam non das, sed a me, qui eam tibi trado. Ego enim is sum qui dico eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita esse postea dicitur, a me quoque credita, id est, tibi mutuo data intelligi debet. Quamquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etsi demus non esse id exemplum, quod diximus, tamen definitio generalis posita in *dict. leg. eum in corpus*, satis id exemplum & similia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret, qui accepit; quod utique etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quasi mutuam accipis, quoniam & hic in eo consentiunt, ut proprietas, id est, dominium, *leg. 13. ff. de acquir. rerum domin.* transeat in accipientem, licet ille hoc animo sit ut parem summam quandoque restituat. Neque video quid interfit, utrum conventio aliqua de donando, sive revera, sive opinione tradentis præcesserit, an statim & acturum nulla conventione præcedente donandi causa pecuniam tradiderit: eaque quasi mutua accepta sit: neque enim minus hoc quam illo casu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua est componendi ratio, est quam affert Conannus *leg. 3. commentar. cap. 17.* & Donnellus *ad dict. leg. si ego pecuniam*, nimirum verba hæc Ulpianus *magisque nummos accipientis non*

fieri, duplicem pati posse interpretationem: posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. leg. aliud est cap. 71. ff. de verb. signif. leg. non videtur, 51. de reg. jur. l. cum quis, 38. §. qui hominem, 3. ff. de solut.* comparate videlicet, & respectu acquisitionis rei, quæ ex causa donationis traditur, & accipitur: fiant tamen ejus inspecto initio, quia proprietas eorum statim transferuntur, cujus rei hic effectus est, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem posteriore modo verba Ulpiani capienda esse propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta nobis ultro suppeditat, *cum alia oppinione accepit*: quippe qui donatum sibi tamquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter, & sine obligatione restituendi tantundem, tamquam ex causa donationis. Unde apparet Jurisconsultum, licet his verbis, magisque nummos, accipientis non fieri, videantur respondere de domino, vi tamen ipsa respondere de repetitione, nempe etsi fiunt quidem nummi accipientis, non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, si tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quasi mutuam accipias, nummos, etiamsi adhuc extent, vindicari non posse? Ajo enim vero: hoc enim necessario consequitur posita dominii nummorum translatione. Neque contrarium est, quod Ulpianus in *dict. leg. si ego pecuniam*, scribit. *Quare si eos consumpseris licet condictioni teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis, nummi consumpti.* Nam inde non recte colligas, si nummi adhuc extant, eos vindicari posse; sed hoc tantum, posse eo casu condici sine metu exceptionis: cum si consumpti fuerint, licet conditio perseveret, ea tamen non noceat accipienti, cum possit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod secundum voluntatem ejus consumpti sunt. Perinde ergo est, ac si dixisset, licet nummi condici possint, sive extent, sive consumpti sint: hoc tamen interesse, quod consumptis nummis condictio sit inefficax, &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici potest, ac ne quidem de consumptis post revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes possunt, quippe dominio eorum in accipientem translato; nec consumpti efficacitet condici, quia consumpti secundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eosque mutata ante consumptionem voluntate repetens nulla exceptione summoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni sive causa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt sine ea causa, ob quam vel dati vel accepti sunt, condictionem sine causa inde nasci necesse est, si dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum est, *l. 1. in fin. ff. de condict. sine caus.*

CAPUT XXXVI.

Possint dari possessionis definitio, quæ species omnes complectatur, & quænam sint istæ species?

VArii variis modis definire conati sunt, quid sit possessio: sed nimium scrupulosi fuerunt, & plerique in hisce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλοτιμίαν appellat, quasi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longissime recesserunt a more & exemplo veterum Jurisconsultorum, qui in quærenda & conficienda accurata possessionis definitione noluerunt nimis esse solliciti. Utique Paulus noster in *l. 1. pr. ff. de acq. poss.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua descriptione, cum possessionem vocat κατοχὴν, id est, detentionem. Ait autem porro possessionem dictam esse a sedibus quasi positionem sedium: ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior est hæc lectio, quam vulgata illa Accursii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Possessio appellata est a pedibus, quasi pedum positio*; nam possessio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Possidet ergo, qui sedes posuit, nec a grammatica notatione id abhorret, *possessio, positio sedium*. Grammatici tamen possessionem derivant a verbo *sedeo* juncta particula *pos* aut *potis*, *pote*: unde adhuc hodie dicitur *impos*, *compos*, *possum*, quasi pos vel potis sum, & *possidere*, quasi posse sedere. Qui enim possidet agrum, is ingredi, discedere, redire, item sedere & tenere potest. Atque hæc ipsa derivatio Jurisconsultis improbari non potest: qui & possessionem acquirere nos posse ajunt, si ejus rei, quæ ante oculos nostros posita est, apprehendendæ potestas nobis fiat, etsi eam manu aut pedibus non attigerimus *l. 1. §. si jusserim, 21. ff. de acq. poss. l. quod meo, 18. §. 2. eod.* & possessionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & potestatem redeundi, insistendi, atque insidendi habemus *leg. 6. §. ultim. & leg. seq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occasione disputant de vi argumenti ab etymologia sive notatione, & contra a nomine sumpti sive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen & notationem intercedit. Sed hæc disputatio cum non sit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda est. Illud certum est, etymologiam aptiorem esse ad explicandum, quam ad probandum. Est enim, ut Galenus ait, *leg. 2. de decret.* Hippocr. & Plat. μάγιστα ἀνάγκην, quamvis ut quibusdam placet, sit ἐτυμολογία ἀσθενὴς, Interpres idoneus. Notandum porro est, interdum possessionis verbo proprietatem significari *leg. interdum, 78. ff. de verb. sign.* ἡ εἰωθυῖα. Cicero in *paradox. Dives est, cui tanta possessio est, ut liberaliter possis vivere*: tanta possessio, id est, tanta substantia, tantæ facultates. Sed maxime de rebus soli seu prædiis dicitur. Cicero *orat. 2. in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam possessiones habent*, apud nostros passim, *l. pen. ff. de alien. jud. mutt. cap. leg. quæsitum, 12. pr. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. 3. ff. de extraord. cogn. l. 6. §. 15. Cod. de rei vind. l. 2. Cod. de probat. l. 8. C. de compens.* &c. eadem scilicet significatione, qua apud Græcos κτῆμα, aut apud Poetas κειάς. Denique, & illud notandum, possessionis verbum interdum abusive usurpari pro usucapione, forte ideo, quia possessionis civilis proprius hic effectus est, ut eam suo tempore sequatur usucapio: ita usurpatur id verbum in *l. denique, 19. ff.*

ex quibus causis major. l. ait Prætor, 23. §. 1. *eod. l. possessio*, 20. *ff. de usucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *leg. 1. pr. ff. de acq. poss.* non definivit possessionem, sed post allatum etymon nuda descriptione contentus dixit esse κατοχὴν. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes species complecti debet, easque multas habet possessio, cum alia sit civilis, alia naturalis, alia justa, alia injusta, alia corpore, alia jure constans, de quibus speciebus mox ex professo, malucrunt olim peritissimi homines a definitione possessionis abstinere. Accursius in *leg. stipulatio*, 38. §. *hæc quoque*, 5. *ff. de verb. oblig.* ait eos ausos non fuisse possessionem definire. Quid ergo? an non potest dari plena & perfecta possessionis definitio, quæ species ejus omnes complectatur, atque, ut in scholis loquuntur, quæ cum suo definito reciprocetur? Ajo enim vero: nam quod difficile est, non utique & impossibile. Quamobrem, ut mori publico satisfiat, eam hoc modo definio: Possessio est rei corporalis detentio, cui inest effectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam possidere: quippe cum is etiam teneat, qui sine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in possessione locum habeat, juncta esse debet cum affectione & voluntate tuendi, *l. qui jure*, 41. *ff. de acq. possess.* qua de causa etsi tenet furiosus, non possidet, *leg. 1. §. 3. & §. ideo*, 10. *ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera est, puta cum is, qui possidet per se & corpore suo, non per alium possidet, vel ficta per juris interpretationem, puta cum possideo corpore alieno & animo meo, vel simul corpore & animo alieno, *l. 3. §. cæterum*, 11. *ff. eod.* unde orta divisio possessionis in eam quæ jure & corpore consistit, *l. nemo*, 10. *C. eod.* Sequitur, *rei corp.* quia res incorporales natura sua possessionem non recipiunt, *l. si ædes*, 32. §. 1. *ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. si viam*, 27. *ff. de usuc. l. servus*, 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri potest nisi corpus: & possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quasi possessio, *l. ait Prætor*, 23. §. 2. *ex quibus causis maj. l. si quis diuturno*, 10. *ff. si servitus vind. l. 3. §. fin. ff. unde vi* & interdicta constituta de servitutibus, quæ sunt res incorporales, quasi possessoria, *l. ult. ff. de servit. d. leg. 3. §. penult. unde vi* quæ causa est, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt κατοχὴν sed χρῆσιν. Et recte igitur Theophilus, *Instit. de Interd. rom.*, inquit, ἐπ' ἐμφύτων πράγμασι κατοχὴ. At male illi, qui ita distinguunt ut dicant res incorporales perfecte & nobiliori modo posse dici, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim est illas vere & proprie possideri, has non item; vox *quasi* nota est improprietatis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis possessoribus vacuæ, hoc enim qui addunt, putant rem eamdem a pluribus in solidum possideri non posse: quod an verum sit merito dubites propter *l. 3. princ. ff. uti possid. l. 6. §. 1. de acq. poss. l. sciendum*, 15. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* cum similibus. Utique diversi generis possessio penes duos esse potest, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem, *leg. servi*, 16. *ff. de usuc. l. qui pignori*, 36. *& leg. seq. ff. de acq. poss. l. si pignus*, 37. *ff. de pig. act.* sed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Postremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam fere speciem possessionis duntaxat pertineret, quæ civilis est, ad usucapionem prodest. Nos vero omnes possessionis species definitione nostra complecti voluimus: apertæ autem duæ species possessionis constituuntur, quarum altera sic cum animo & opinione domini, altera non item, *leg. 7. §. 4. ff. comm. divid. Leg. quæcumque*, 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act. l. si servus*, 22. §. 1. *ff. de noxal. act.* Is cui ea mente possessio tradita est, ut eam postea restituat, possidet, quamvis affectu domini rem non tenet, *leg. si quis*, 17. §. 1. *in fin. ff. de acquir. rer. domin.* Si omittendæ possessionis causa res apud sequestrem deposita sit, sequester possidet, *l. interesse*, 39. *ff. de acq. poss.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Theophilus §. 4. *Inst. per quas per. cuiq. acq.* ita definit possessionem κατοχὴν τοῦ ἰδίου δεσπόσαι πράγματος, non est credendum eum in genere possessionem definire voluisse, sed eam duntaxat speciem, quæ civilis dicitur, accommodata scilicet definitione ad verba textus Justinianæi. Nam cum dixisset Imperator, bonæ fidei possessorem usucapto servo per eum ex omnibus causis acquirere, mox subjicit, fructuarium usucapere non posse, addita etiam hac ratione, quia non possidet: quem tamen constat naturaliter possidere, *l. 12. ff. de acq. poss.* Videamus nunc quotuplex sit possessio.

Prima & principalis divisio possessionis hæc sit, quod alia civilis est, alia naturalis civiliter possidet, qui animo & cogitatione domini possidet justa ex causa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter possidere, quia hæc possessio ei prodest, ad civilem usucapionis effectum: atque ad hanc speciem tantum pertinet definitio illa Theophili supra relata. Hæc possessio sæpe absolute & κατ' ἐξοχὴν possessio dicitur, ut cæteri, quibus possessio ad usucapionem non prodest, hoc respectu interdum dicantur non possidere, §. *de iis autem*, 4. *vers. fructuarius vero instit. per quas pers. cuique acquir.* sed potius esse in possessione, §. 5. *Instit. de interdict. l. 6. §. 2. ff. de precar. l. 9. ff. de rei vind. l. 8. ff. commod.* Naturaliter possidet, qui injuste, aut absque animo & affectu domini possidet. Divisio hæc petita est ex *l. 1. §. dejicitur*, 9. *& seqq. ff. de vi & de vi arm. leg. cum hæredes*, 23. §. 2. *& leg. seqq. de acq. poss. l. 2. §. 1. ff. pro hæred. leg. 3. §. ultim. l. tigni*, 7. §. 1. *ff. ad exhib. leg. quæcumque*, 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act. l. 7. §. neque*, 11. *ff. comm. divid.*

Civilis possessio semper justa esse debet: naturalis modo injusta est, *l. si eum*, 26. *princ. ff. de donat. inter vir. & ux. l. quod uxor*, 16. *ff. de acq. poss. l. 1. §. 9. & 10. ff. unde vi l. 7. §. 4. ff. comm. divid.* modo justa, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act. l. 12. ff. de acquir. poss. l. si servus*, 12. §. 1. *ff. de noxal. act. d. l. 7. §. 4. commun. divid.* & qui ita possident, interdum & bona fide possidere dicuntur, *l. si pignore*, 22. §. 2. *ff. de pign. action.* sed tunc bonæ fidei possessor non intelligitur is, qui civiliter possidet, sed qui juste, licet non ex causa, ex qua dominium transire solet, ut in *dict. l. 13. §. 1. de publ. in rem act. & dict. l. 22. §. 1. ff. de noxal. act.* At in materia usucapionis alio significatu dicitur bonæ fidei possessor, nempe is qui civiliter possidet ad civilem usucapionis effectum. Sed & qui injuste, hoc est, sine titulo possidet, si illæsam habeat rei alienæ quam possidet, conscientiam, forte quod in jure errans se dominum

minum factum putet, bona fide possidere dicendus est, quamvis usucapio ei non procedat *l. ubi lex*, 24. *l. si fur*, 32. §. 1. *ff. de usucap.* nam quæ possessio propter defectum tituli injusta est, propter voluntatem domini eam tradentis bonæ fidei habenda est, *arg. l. fructus*, 45. *ff. de usur.* Interpr. vulgo civilem possessionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æstimare solent, sed minus recte: quanquam non tam crasse disputant, ut civilem existiment per discessum demum existere; sed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri; naturalem autem solam amitti, vel potius modum possidendi mutari: quippe corpore tenere aut animo, non tam esse species possessionis quam modos possidendi, *l. 3. §. Nerva*, 13. *ff. de acq. poss.* ubi hactenus res possideri dicitur, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus. Hinc vero apparet divisionem possessionis in justam & injustam non esse, divisionem primam, sed subdivisionem. Item non omnem possessionem injustam esse malæ fidei. Denique nec omnem naturalem esse injustam, neque omnem quæ justa est, esse civilem.

Porro eorum, qui naturaliter possident, est & hæc subdistinctio, quod aut sibi suove nomine possideant, veluti quod prædo, aut quod conjux a conjuge. sibi donatum possidet; aut quod fructuarius, licet hic abiit animus dominantis, *l. fructuarius*, 22 *ff. quemad. serv. am.* Et hujusmodi possessoribus etiam remedia possessoria dantur, *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 3. §. 13. eod.* aut nomine alieno, quomodo possidetur, quicumque nostro nomine in possessione sunt, *l. generaliter*, 9. *quod meo*, 18. *ff. de acqu. §. possidere Inst. de interd. l. 2. §. 1. de act. empt. l. 7. §. item si duo*, 8. *& §. neque*, 11. *ff. comm. divid.*

Rursus alia est possessio, quæ jure, alia quæ corpore constat, *leg. nemo*, 10. *C. de acq. hæred.* quæ divisio locum habet tam in civili, quam in naturali possessione. Civilis possessio corpore consistit, cum ipse per se possidet, qui est in conditione usucapiendi. Jure eadem constat, cum per alium possidet, ut in *l. 1. §. per eum*, 8. *l. 3. §. cæterum*, 12. *l. quod meo*, 18. *l. qui pignoris*, 36. *ff. eod. l. servi*, 16. *ff. de usur.* Naturalis possessio corpore constat, cum is qui naturaliter possidet, per se possidet, non per alium: eadem jure consistit, veluti si rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, possessio creditoris, quæ naturalis est, jure constat, *l. si rem*, 29. *si quis*, 36. *§. ult. & l. seqq. ff. de pign. act. l. res pignoris*, 37. *ff. de acq. poss.*

In possessione, quæ jure constat, admittitur fictio, eaque jure civili, unde ortum habet, infirmatur, *leg. ait Prætor*, 23. §. 3. *ff. ex quib. caus. major. l. in bello*, 12. §. 2. *ff. de capt. & postl. rev.* Hinc est, quod hæc possessio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, sed & juris esse, *l. possessio*, 49. *princ. & §. 1. ff. de acq. poss.* At possessio quæ corpore constat, facti magis est, quam juris, *l. 1. §. furiosus*, 3. *& seq. eod.* id est plurimum, ut alibi dicitur, facti habet, *l. denique*, 19. *ff. ex quib. caus. maj.* & ideo fictionis non est capax, nec infirmatur jure civili, *dict. l. denique l. ait Prætor*, 23. §. 1. *ff. ex quib. caus. maj. l. cum hæredes*, 23. §. 1. *ff. de acq. poss. l. in bello*, 12. §. 2. *ff. de capt. & postl. rev.* ubi Marcelli sententia non distinguentis reficitur approbata Juliani. Illud notandum est possessionem, quæ corpore constat, aliquando appellari naturalem: quo significatu naturalis possessio nihil aliud est, nisi possessio actualis, quam quis corpore suo habet, & naturaliter possidere, est non solo animo, sed corpore possidere, ut in *leg. ea quæ*, 53. *ff. de acq. rer. dom. l. 1. pr. & §. 1. l. 3. §. 3. & 13. l. 23. princ. & §. 1. ff. de acq. poss.* sive corpore & animo possessioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *leg. qui bona*, 19. §. 1. *ff. eod.* Certe quod *in dict. l. 23. princ.* dicitur naturaliter apprehendi, id in *dict. leg. §. 1.* dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc subinde promiscue sumantur, naturaliter possidere & corporaliter. Et hoc sensu si accipias naturalem possessionem, potest utique talis possessio simul etiam civilis esse, ut ex locis allegatis apparet; & tunc possessio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam esse possessionem civilem; aliam naturalem, (quæ divisio & oppositio est in *l. 1. §. 9. & 10. ff. de vi & de vi arm. l. 21. ff. de acq. poss. l. si cum*, 26. *ff. de donat. inter vir. & ux.* cum similibus) tunc possessio naturalis longe aliud est, nempe ea possessio, quam quis habet sine titulo aut opinione domini, & propterea ex adverso opponitur civili possessioni; ut hæ duæ species simul eodem tempore concurrere & eædem esse non possint: quamvis possit, ut duæ diversæ possessiones in eadem esse persona, ut unus & idem possideat civiliter & naturaliter, in specie *l. qui pignoris*, 36. *ff. de acq. poss.* ubi idem & civiliter possidet, & precario, id est, *add. leg. 29. leg. 35. §. 1. l. 37. ff. de pig. act. junct. l. 16. ff. de usucap.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis possessionis significatio omnes, quotquot vidi, Interpretes eo jecit in varios errores & perplexas disputationes. Valquius ex hujus rei ignorantia putavit: jure primævo dominium rerum acquisitum fuisse possessione naturali, quæ civili opponitur, *lib. 2. controv. cap. 59. num. 21. & seqq.*

Non obstat his divisionibus, quod tituli ff. & C. concepti sunt de acquirenda possessione, quasi hinc efficiatur unam esse duntaxat & simplicem possessionem. Nam etsi genus plures habet sub se species, recte tamen numero unitatis proponitur. Sic cum in *l. 3. genera*, 21. *in fin. ff. in eod.* unum dicitur esse genus possessionis, non ideo negari potest esse sub hoc genere diversas species. Et possessio ibi confertur cum titulis & causis possidendi, quæ cum valde multæ sint & variæ, earum respectu unum esse genus possidendi dicitur; species, quo nomine Jurisconsultus illic intelligit causas & titulos, infimæ. Sed & alias non semper genus & species significatione dialectica a nostris usurpantur, *leg. 4. §. 2. ff. de vulg. & pupill. substit. l. Thais*, 42. *§. item quæro*, 8. *de fideicommiss. libert.*

Alio & plane diverso respectu ac sensu dicitur aliquis pleno jure possidere, nempe qui plenum jus dominii habet, *l. 1. C. de revoc. donat.* Bald. *in l. fœminæ*, 3. *§. illud etiam Cod. de sec. nupt.* Mindan. *de mat. poss. cap. 7. num. 9.* Itaque cæteri, qui domini non sunt, etsi civiliter & bona fide justoque titulo possident, non tamen dici possunt pleno jure possidere. Sed ea species possessionis, quam dominus pleno jure habet, & quam causalem appellare possumus, hinc non pertinet, non magis, quam ususfructus causalis aut causales servitutes ad argumenta de usufructu aut de servitutibus prædiorum.

CA-

CAPUT XXXVII.

An in eo, quod interest, æstimando etiam lucri ratio habeatur?

VErbum hinc *interesse* in jure nostro dupliciter usurpari soiet, uno modo generalite pro eo quod ad utilitatem vel publicam, ut in *l. 2 ff. sol. matrim. l. servo*, 65. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. interest*, 18. *ff. de reb. auct. jud. l. 2. §. 1. ff. de inoffic. testam. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet, ut in *leg. pen. ff. ad exhib. l. 7. penult. ff. de serv. export. l. pa erfiliæ*, 71. *ff. de evict. & l. haredis*, 24. §. *ult. ff. de pact.* eum simtib. altero modo specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amissum, de quo solo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei seu debiti principalis; nec tantum rem ipsam principalem, sed etiam æstimationem ejus excludit, *l. 1. §. considerandum*, 20. *ff. de instr. & rat. distr.* Unde recte infert Molinæus, *tract. de eo, quod interest.* remittentem damna & interesse, non censeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod interest, genera constituuntur: conventum, quod sit pœna nomine ejus, quod interest, promissa; singulare, quod ex privata affectione æstimetur: & commune, quod æstimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hisce generibus duo priora hinc removenda, conventum scilicet, quia pœnæ quantitas certa est, & peti potest etiam tunc, quando nihil interest, *leg. stipulatio ista*, 38. §. *alteri*, 17. *ff. de verb. oblig.* & singulare, quoniam res non ex affectione singulorum privata æstimantur, sed ex eo, quanti communiter omnibus valent, *l. pretia rerum*, 62. *ff. ad leg. Falcid. l. si servum*, 33. *ff. ad leg. Aquil.* Bene vero sic id, quod interest, vulgo definitur, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus: seu damnum emergens & lucrum cessans ex eo, quod factum non est, quod fieri debuit, *leg. si commissa*, 13. *ff. rat. rem. hab. l. unic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest. prof.* Ergo ut quid nostri interest, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset, quod promissum est: quod quia factum non est, lucrati non sumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum esset, quænam in ejus, quod interest, taxatione partes essent Judicis, & ad quam usque quantitatem id æstimari deberet, visum fuit Justiniano hujusmodi prolixitatem, prout possibile est in angustum coarctare, sicut ipse loquitur in *d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo, quod int. profess.* Ait quoad possibile est, absolute enim id definiri nequit, quoniam tota hæc quæstio in facto, non in jure consistit, *l. quatenus*, 24. *ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad Judicis potestatem, quam ad juris definitionem pertinet, *l. ordine*, 15. *in fin. ff. ad municipal. l. 1. §. quorum*, 4. *in fin. ff. ad SC. Turpill.* Distinxit ergo Justinianus casus certos a casibus incertis: in illis statuit id, quod interest, dupli quantitatem excedere: in his totum jussit præstari, quod interest. Casus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam summam aliamve quantitatem in pondere, numero, mensura, vel speciem certumve corpus. Proinde si v. c. venditor aut locator ob id, quod rem aut usum rei non præstant, in id, quod adversarii interest, condemnandi sunt, in eo æstimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi casus habent. Casus incerti sunt, qui quantitatem continent incertam. Cum autem nulla quantitas incerta esse possit, quæ quidem designetur, nisi quæ designatur sub appellatione ejus quod interest, apparet eos solos casus esse incertos, in quibus ejus, quod interest, præstatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur; quales sunt stipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum gestorum, maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res est, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato, in interdicto *unde vi* iis rebus amissis, quæ in fundo erant; in furto surrepta ea re, quæ certo die sub pœna debebatur; in summa actiones omnes, quibus indemnitas principaliter petitur, *l. 13. §. 1. ff. de re jud. l. si pœnam*, 68. *l. stipulationes*, 72. *l. ubi autem*, 75. §. *ubi autem*, 7. *ff. de v. oblig. l. si procuratorem*, 8. §. *mandati*, 6. *ff. mand. l. 1. ff. de tut. & rat. distr. l. 2. ff. de neg. gest. l. ait lex*, 21. *ff. ad l. Aquil. l. 1. §. non solum*, 41. *ff. de vi & de vi arm. leg. inficiando*, 67. §. 1. *de furt.* In his igitur omnibus tantum quantum revera interest, ex constitutione Justiniani præstandum. Et quidem juxta veterum sententiam quam & Justinianus comprobat, in eo quod interest æstimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur, *leg. 2. in fin. ff. de eo quod cert. loc. leg. si fundus*, 33. *vers. nam & si ff. locat. l. si commissa*, 13. *ff. rat. rem hab.* exempla *in l. proinde*, 22. & *l. sequent. ff. ad l. Aquil. l. si mulier*, 21. §. 3. & 4. *ff. de act. ver. amot. l. si procurator*, 18. *ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æstimando eo, quod interest, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contracta in speciem respondisse videntur, nam quidam sunt loci, in quibus lucrum ab eo, quod interest, diserte removetur, ut in *leg. si fideic. 21. §. 3. ff. de act. empt. leg. ult. ff. de perit. & comm. rei vend. leg. Proculus ait*, 26. *ff. de damn. infect. l. 1. §. sicut autem*, 21. *ff. de acq. pluv. arc. leg. si is, cui*, 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hosce locos respondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo, quod interest, sed lucrum, quod aut circa rem non consistit (extrinsecum vulgo vocant) quale damnum similiter removetur; aut injustum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita esse, quivis intelligere poterit, qui modo causas, quæ in hujusmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypothesim accommodatur, animadverterit. Paulus in *dict. leg. si sterilis*, 21. §. 3. *ff. de action. empt.* excludit lucrum, sed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non solum lucrum removet, quod circa rem non consistit, sed etiam hujusmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æstimandum, quam si emptor triticum emerit, & ob eam rem, quod non si traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem consistit. Idem responsum esto ad *d. l. ult. de peric. & commod. rei vend.* cui adde *l. vend. 29. vers. pretium enim ff. de hared. vend.* In *d. l. Proculus*, 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum simpliciter excipitur: sed agitur illic de lucro injusto, de eo lucro, quod ab ipso vicino & ejus beneficio habeatur, quo non diutius uti licet, quam quoad is patitur, nec lucrum absolute, sed veluti lucrum appellatur. Simile est, quod in *dict. l. 1. §. sicut autem* 81. *ff. de aq. pluv. arc.* Ofilius

& La-

& Labeo ajunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, si aqua pluvia noceat, non prosit, veluti, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Permittitur enim cuilibet sibi consulere, etiamsi per id ex consequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur, *l. cum eo 9. ff. de serv. præd. urb. l. sicut*, 8. §. *Aristo 5. ff. si serv. vind. leg. si in meo* 21. *ff. de æqu. plur. arc.* In *l. si is cui 71. §. 1. ff. de furt.* non definitur *quid* interesse, sed cujus interfit in actione furti: ubi recte dicitur ejus interesse videri, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus, quia in eo genere lucrum non potest nisi injustum esse. Nam sive res nostra surrepta est, & est aperte damnum, sive aliena, cujus custodiam debemus, & idem est, si ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod si quis hoc tantum sua interesse dicat, ut lucrum possessionis faciat, eamve possidendo quærat, id ex re aliena non honeste captatur, *add.* Cont. *tractat. de eo quod int. capit.* 3. & 4. Alciat. *in comment. ad dict. leg. un. Cod. de sent. quæ pro eo quod interv. cap. ult.* Donell. *cap.* 10.

CAPUT XXXVIII.

Num in taxatione ejus, quod interest, id omne quod actor consequi potuit, neque consecutus est sine exceptione æstimetur?

JUstinianus sic ex veterum sententia constituit: Damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abest, præstetur, *l. 1. Cod. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Non est autem dubitandum, quin his verbis Justinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus scripsit, omnem utilitatem in æstimationem venire, quæ circa rem consistit; non venire, quæ extra rem sit, *l. si sterilis 2. §. 3. ff. de act. empt.* Id vero hanc habet sententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præstito eo, quod debeatur, quasi absit, æstimari debeat, sed quod id abest, quia datum factumve non est, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit, ut potuerit ex eo solo, quod præstandum erat, non aliunde; ac proinde duas utilitates hinc removemus 1. Si quid habere ex re petitor potuit, sed ita, ut etiam potuerit non habere. Si quid habere potuit certo quidem, sed non minus aliunde, quam ex eo, quod debebatur. Exemplis res plana fiet. Retia piscatorum, quæ capiendorum piscium gratia in flumine posuerant, culpa alicujus fracta sunt: placet duntaxat retium æstimationem fieri, non piscium: quia incertum fuit, an caperentur, *l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. ff. ad leg. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejusdem generis transferre licet, puta ad venationem & aucupium. Plane si in contractu actum sit, ut incertus v. c. captus piscium æstimaretur, is æstimandus est propter conventionem, *l. si jactum 12. ff. de act. empt.* nempe jactu retis vendito non tam ipse jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æstimatio autem redigetur ad id, quod consuetum est capi, per *leg. 1. ff. de usur.* Molin. *tractat. de eo quod int. num.* 81. *& seq.* Vinum aut frumentum venditum est, nec traditum, non est æstimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, sed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque industria mercatoris, qui occasione oblata uti voluit, *l. si sterilis 21. §. 3. ff. de action. empt. l. ult. ff. de peric. & commodit. rei vendit. junct. leg. venditor 21. vers. pretium enim, ff. de hæred. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus esse ex corpore rei nasci, & circa rem consistere; sed circa rem consistere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipsa secum fert, sibique adjunctam habet, licet extrinsecus veniat, meritoque Molinæus *d. tract. num.* 13. Doctorum distinctionem in interesse intrinsecum & extrinsecum improbat: quia quæcumque utilitas proprie circa rem consistere dicitur, ea extrinsecus venit. Ex re non nascuntur mercedes, ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem consistere convenit. Servus, qui hæres institutus venditus & traditus erat, evictus est: placet etiam ob hæreditatem amissam ex empto agi posse, *l. 9. ff. de evict.* quia hæreditatis utilitas circa rem consistere intelligitur, non quod ex re nascatur, sed quod ejus parandæ causa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in universum non quid paretur & unde veniat, sed unde ejus quærendi causa hic spectandum est. Exempla de damno circa rem in *leg. proinde 92. & l. seq. §. 3. ff. ad leg. Aquil. l. in hac stipulatione* 28. *de dam. infect.* Circa rem autem non consistit: quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti si vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æstimatur, *l. si sterilis 21. §. 3. ff. de action. empt. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ejusdem generis sunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora distrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi possunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *dict. leg. sterilis 21. §. 3. ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non est, nec circa rem consistit, rationem habendam esse tradit, non in damno solum, etiam in lucro prolatis iisdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani est in *leg. 2. §. ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus usque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere quanquam temere & perperam statuerit, habendam esse rationem omnis utilitatis, quam actor consequi potuit, etiamsi circa rem non consistat, præterquam in venditione; idque sine distinctione rerum aut adjectionis loci, ejusve circumstantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum si dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non est, seu quæ eodem modo aliunde percipi potest, æstimandam esse, nisi appareat in contrahendo ejus quoque habitam esse rationem? quod si contingat, conventionem servandam esse. De solo autem tali casu loquitur Ulpianus in *d. l. 2. §. ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promissa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait, hæc in utilitate actoris æstimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promissa est, pecuniam debuit sub pœna vel pignoribus, & ob id, quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commissa sit, aut pignora distracta. At quamobrem? nempe quia adjectione loci id actum esse intelligitur: nam cum locus non frustra adjiciatur, apparet creditorem

ditorem ad eas utilitates, quas eo loco perſpicere potuit, ſolutionem retuliſſe. Cont. *in ſchol. ad diſt. leg. unic. c. 4. in fin.* Perez. *ad Cod. d. tit. num.* 18. Neque id in pecunia numerata ſolum locum habet, ſed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili: ut bene Molin. *n.* 97. *& ſeq.* Donell. *cap.* 11. contra Bartolum & plerosque alios Interpretes. Nec vero ſola loci adjectio hoc efficit, verum etiam ſolutionis in certam perſonam aut tempus collatio, ſi creditori expediant perſonæ adjectæ eove tempore ſolvi, propter ejuſdem generis utilitates, ut diſerte Papinianus in *leg. lib. homo* 118. §. *ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus in *leg. ſi fundus* 114. *ff. eod. l.* 4. *princ. ff. quod cert. loc.* Enimvero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æſtimabitur, ſed ea tantum, ad quam adjectione harum circumſtantiarum credibile eſt reſpexiſſe actorem, ut liquido appareat ex verbis Ulpiani in *diſt. leg.* 2. §. *ult. qui ſi merces ſolebat comparare.* Igitur adjectione loci id tantum agi intelligitur, ut eam utilitatem conſequatur actor, quam eodem in loco conſequi potuiſſet, ſi pecunia ibi ſoluta fuiſſet. Quod ſi eo loco nihil interfuit, quamvis ſi alibi ſoluta eſſet pecunia, actor conſecutus eſſet, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora diſtraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus ſum mihi aut Titio dari, non omne æſtimabitur, quod interfuit mea, ſed quod interfuit Titio ſolvi, puta ne ſi Titio ſolutum non eſſet, pœna, quam promiſeram, committeretur, *diſt. l. liber homo* 18. §. *ult. de verb. oblig.* At ſicubi alias expedierit mihi pecuniam ſolvi, id in æſtimationem non venit; quia hoc actum non eſt. Temporis adjecti eadem ratio, ſi temporis utilitas intervenerit, *diſt. l. ſi fundus* 114. *de verb. oblig. diſt. l.* 4. *princ. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his cauſis recepto, conſequens fuit, ut non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio haberetur. Finge ſtipulatorem pecunia ſuo loco accepta merces comparare potuiſſe, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æſtimabitur, *diſt. l.* 2. *in fin. ff. quod cert. loc.* parem enim eſſe damni facti & lucri amiſſi rationem ſupra effectum eſt. Illud intereſt, quod in damno perſona non diſtinguitur; nam ſtulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit; & omnino ubi quod amiſſum eſt, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem perſonæ conditio & conſuetudo ſpectanda eſt, ut videri poſſit ad eam ſpem & cogitationem voluiſſe loci adjectionem referre. Finge mercatorem eſſe, qui merces eo loco comparare & negotiari ſolitus ſit, *diſt. leg.* 2. §. *ult. in fin.* recte nempe hic, ſi lucrum factum non eſt, quæreretur, an acquiri potuerit, idque conjecturis exquirendum eſt. Pluribus hæc exequitur Donellus *in d. l.* 2. §. *ult. & d. cap.* 11. *circa fin. add.* Mant. *lib.* 10. *de tac. & ambig. conv. tit.* 7. *n.* 7. *& ibi alleg.*

CAPUT XXXIX.

An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſive rei vindicatione?

CConcurrere plures actiones dupliciter dici poſſunt, elective ſive diſjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, cæteræ conſumantur, §. *cæterum* 5. *Inſtit. quod cum eo, qui in al. poteſt. l. pro ſocio* 38. §. 1. *ff. pro ſoc. l. eligere* 9. §. 2. *ff. de trib. act. l. in duob.* 28. §. 4. *ff. de jurejur. l. qui ſervum* 54. §. 1. *ff. de oblig. & act.* & cumulative ſive conjunctim, ut omnibus experiri liceat, nec una alteram conſumat, qui verus eſt conſenſus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio eſt, ut utraque ſimul & eodem tempore uti liceat, quod fit, quando diverſa rerum nomine competunt; ubi tamen & diverſæ ſententiæ ferendæ, *l.* 11. *ff. de juriſd. l. & hæc diſtinctio* 35. §. 1. *ff. locat. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt, *l.* 32. *ff. de obligat. & act. l.* 2. §. 1. *& 2. ff. de priv. delict. l. nunq.* 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc ut non ſimul omnes, ſed ſingulæ ſeorſim in diverſis judiciis exerceri debeant, quod fit, quando plures conjunctim competunt ejuſdem rei nomine, *l.* 43. §. 1. *ff. de jur. d. l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act. l. cum fil.* 76. §. 2 *arlis* 8. *ff. de l.* 2. *l. plura delict.* 53. *ff. de oblig. & act.* quam tamen diſtinctionem nunc adamuſſim non examino. Sed & aliquando una a concurrentibus pendente altera interim inhibetur, idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret; quomodo concurrunt condictio furtiva, & actio furti *l.* 7. §. 1. *ff. de cond. furt.* at pendente actione furti illa denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio ſundi, & ſervitutis, ſed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat, *l. fund.* 16. *ff. de excep.* vel propter ordinationem judicii ipſamque procedendi rationem, quomodo dici poteſt concurrere interdictum ſive judicium poſſeſſorium cum rei vindicatione ſeu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad conſtitutionem Judicii petitorii prius poſſeſſorium terminatum eſſe oportet, §. *retinendæ, inſtit. de interdict.* Quæſtio autem propoſita in eo vertitur, an judicium poſſeſſorium cum petitorio ſic cumulari & jungi poſſit, ut utroque ſimul & eodem tempore experiri liceat, hoc eſt, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque ſimul dicatur, de utroque ſimul cognoſcatur, unaque ſententia utrumque terminetur. Movetur hæc quæſtio in interdictis adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis; a multis tamen & in interdictis retinendæ, *vid. c. paſtoralis, & ibi* Gloſſ. *ext. de cauſ. poſſeſſ. & prop.* Nos in hac quæſtione probamus ſententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quo diximus, modo cumulari poſſe, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate diſtinctis judiciis eſſe cognoſcendum, contra doctrinam Petri, qui omne poſſeſſorium cum petitorio cumulari poſſe contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ poſſeſſionis. Etenim ut poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate, *leg. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. poſſ.* & ut ſunt plane hæredes diſſimiles, *leg.* 4. §. *ult. ff. de excep. rei judic.* cum poſſeſſio ſit facti, dominium juris, *leg.* 1. §. 3. *leg. cum hæredes* 23. *ff. eod. l. denique* 19. *ff. ex quibus cauſ. major.* ita etiam actiones non modo diſtinctas, ſed etiam inſociabiles pariunt; dominium rei vindicationem, *l. in rem* 23. *ff. de rei vind.* §. 1. *Inſtitut. de action.* poſſeſſio, actionem in perſonam ſeu interdictum *l.* 1. §. *penult. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus diſtinctis judiciis hæc tractanda ſunt: cum actiones contrariæ, & incomparabiles cumulari nunquam poſſint, *leg. Cod. de furt. cum ibi not. l.* 16. *Cod. de inoffic. teſtam.* Anton. Fab. *Cod. ſuo forenſ. tit. unde vi definit.* 8. Placet autem poſſeſſionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de cauſa proprietatis ab eodem Judice cognoſci, *leg. ordinarii* 13. *Cod. de rei vind. l.* 3. *Cod. de interd. leg.*

leg. exitus 35. ff. de acquir. poss. l. ultim. Cod. quorum bonorum. Ex quo intelligimus, nisi prius judex de possessione judicaverit, jure ab ejus sententia appellari posse, quod & diserte traditum est in *l. 1. Cod. de appellat.* Quod si utramque controversiam & possessionis & simul proprietatis eodem judicio cognosci, & terminari volumus, res erit inexplicabilis, & exitum reperire judicium non poterit, *dict. leg. exitus 35. ff. de acquir. poss. l. inter litigantes 62. ff. de judic. l. liberis 7. §. ult. ff. de lib. caus.* quippe cum ut petitoria actio instituatur, prius constare debeat, quis sit possessor: quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente, qui hic reus est, petat, §. *retinendæ Instit. de interdict. dict. leg. inter 6. ff. de judic.* At si Judex de utroque simul cognoscet, sententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus est. Nam in petitorio juberur possessorem absolvere, si petitor non probaverit se dominum esse, *l. ultim. Cod. de rei vind.* Sed quomodo possessorem, quem ignorat, absolver? Ignorat autem quamdiu pendet causa possessionis. Quod si prius de possessione judicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio judicio agi non posse. Atque hoc etiam Martinus admisit, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis. Non idem autem nec ille nec plerique alii probant, si de possessione agatur interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, veluti, si quis de fundi possessione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem se fundi dominum dicat: aut hæres interdicto quorum bonorum de adipiscenda possessione rerum hæreditariarum, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque judicium posse concurrere, ut quis & interdicto reperiatur ad recuperandam aut adipiscendam possessionem, & simul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc quam actio petitoria adversus possessorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum est; generalis enim hæc sententia est tradita in *dict. leg. ordinarii 13. Codice de rei vindic.* possessionis quæstionem prius decidi oportere, ac in interdictis recuperandæ aut adipiscendæ possessionis etiam de possessione quæritur: ac proinde etiam controversiam ex his natam prius decidi oportet. De specie interdicti unde vi id expresse quoque cautum est, *leg. 1. Codice de appellat. leg. si de vi 37. ff. de judic.* Et ratio juris eadem hic est, quæ in casu superiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis agitur, constat, uter e litigatoribus pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto judicatum sit; hoc autem non constituto non potest petitoria actio institui, *l. inter 62. ff. de judic. §. retinendæ Institut. de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui possessionem sibi restitui petit, vel nunc primum conatur adipisci, adversarium possessorem agnoscit: nam si rem ipsam & effectum juris spectamus, nemo videtur possidere, qui possessionem retinere non potest, *leg. non videtur 22. ff. de acquir. poss.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciscendam possessionem actionem habet, perinde habetur, quasi possideret, *leg. si quis vi 17. princip. ff. eodem leg. is qui 15. ff. de regul. jur. leg. id apud 143. ff. de verb. significat.* Proinde sive is revera possidet, bene est; sive non possidet, eamen possessio una cum possessionis commodo ei tribuenda est sententia Judicii: quod si Judex ante omnia non fecerit, juste ab eo provocabitur, *leg. 1. Codice de appellation.* Sed etsi juris auctoritate distituerentur, non aliter tamen respondere possemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii possessorii finis hic est, ut qui eo expeditur, possessor judicatus commodo possessionis fruatur; petitorii hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in se suscipiat, quæ cum sint pugnantia, nisi prius de possessione judicatum sit, rem exitum habere non potest, *dict. leg. inter litigantes 62. ff. de judic. §. retinendæ Institut. de interdictis.* Fingamus actorem in possessorio superiorem esse, inutilis tamen hæc ei victoria est, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perseverans partes petitoris sustinere debet, quasi commodo possessionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile est. Quod si prius in petitorio pronuncietur pro actore, multo minus ulla possessorii utilitas esse potest, cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat. Illa autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid consequi possumus. Quod si injuria fit possidenti, cui ob eam causam & appellare licitum, *l. 1. Cod. de appellat.* Adde, quod si eodem tempore & de possessione & simul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is possessor pronuncietur, illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma sententiæ, quæ proponitur in *cap. cum dilectus ext. de caus. possess. & proprie.* merito irrisa a Donello in *leg. 3. n. 8. Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum est, ut Judex jubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est, & simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem rei, qui dominus est & superior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum esse negant, næ illi ipsi sunt valde ridiculi. Illud autem absurdum non est, ut lite possessionis prius decisa, atque uni possessione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantisper adjudicata, postea de proprietate idem Judex cognoscens petitori qui se dominum esse in hac lite probavit, possessionem restitui jubeat. Atqui hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo esse convenientissimam, sed etiam esse necessariam: quippe qua non observata locus sit provocationi.

Non obstat huic sententiæ *l. cum fundum 18. §. ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus, quod illic dicitur eum, qui rem vindicare cœpit, posse pendente judicio petitorio, hoc est, interim dum de possessione cognoscitur, dilato interdicto experiri: sed negamus utrumque posse simul jungi, de utroque simul & eodem tempore Judicem posse cognoscere & judicare. Atqui, inquies, is, qui semel actionem proposuit, cogitur perseverare ad finem usque litis *auth. qui semel, Cod. quom. & quand. jud. sentent.* Respondeo, qui interdicto de possessione experitur, pendente rei vendicatione, & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes sustinere petitoris, ac se commodo possessoris frui vult, id quo jure postulat, cum sit possessor, ne vindicando, (forte per imprudentiam) renuntiasse possessioni videatur, *leg. naturalis. 12. §. 1. ff. de acquir. possess.* Mirum autem in modum huic sententiæ obstare creditur textus in *l. 6. ff. de except. rei judic.* eoque contrariæ sententiæ auctores præcipue nituntur, quasi illic Jurisconsultus aperte diceret judicium petitorium & possessorium diversis

qui-

quidem & separatis actionibus proponi, sed tamen unam sententiam & unum judicati finem sufficere, ut ad utrumque prosit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci istius interpretatio, cujus simplex & plana, si qua ullius, sententia est, nempe sufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque semel sententia Judicis terminatam esse; nec debere eam sententiam apud eumdem Judicem retractari. Et obstat magis hic locus contrariæ sententiæ: quod & Anton. Matthæus in *disput. ad leg. ordinarii Codice de rei vindic.* observavit. Nihil etiam adversus sententiam nostram facit locus Justiniani in *Novell.* 4. *Codice vers. contra principale*, ubi licentia datur crediroribus adversus principales debitores pignus pro debito obligatum possidentes utraque actione simul experiundi, & personali & hypothecaria, num in cumulatione illa actionis personalis & hypothecariæ, de qua illic Justinianus, nihil est præposteri, ut contra esse ostendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, si creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ sibi ex contractu aliquo debentur, solvantur, aut pignus pro ea summa obligatum, cujus possessio penes debitorem sit, sibi restituatur, in hac cumulatione nihil est, quod ordinationem judicii ejusve exitum impediat; sed probato debito, & pignoris pro eo constitutione, Judex debitorem aut solvere jubebit, aut pignus restituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda est, ut aut solvat debitor, aut pignus restituat; non conjunctim, ut & solvat, & pignus restituat; cum solutione ejus quod debetur, non tantum debitor ipse, sed etiam pignus liberetur, *leg. in omnibus* 43. *ff. de solut.* cum similibus. Alia urget Cujacius, *lib.* 2. *observ.* 34. ubi sic argumentatur: Si cæpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto *uti possidetis*, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed, inquam, non sequitur, mutari actio potest, aut interim dum de alia re disputatur, omitti: ergo cum altera simul jungi & dictari potest, quoniam mutatio nihil habet incommodi *l.* 3. *Codice de edend.* conjunctio & cumulatio plurimum, ut supra probatum est. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi possunt hoc modo: *Nihil debeo; & ut debeam pactio mihi debitum remisisti*: ergo ita potest utraque actio conjungi, possessoria & petitoria: *Tu non possides; sed ego; & ut tu possideas, rem meam esse ajo.* Sed mala & hæc Cujacii collectio est. Nam si reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & simul depulsione, nihil præpostere facit, aut quod judicii constitutionem exitumve moretur: sed probationis tum hic ordo est, ut prius de sua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantisper dilatam admittatur reus, *leg.* 8. *leg.* 9. *Codice de except.* Sed nec quod reo, cui semper defendi facultas, *leg.* 5. §. *ultim. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut scilicet pluribus defensionibus aut exceptionibus simul & eodem tempore uti possit, *leg.* 5. *leg.* 8. *de exceptionib. leg. nemo* 43. *de regul. jur.* id continuo & actori concedendum, nam ut is quoque ex contrario pluribus actionibus simul experiatur, ut jam evincimus. Destinati rem petere suadet Cajus, ut videat num interdicto aliquo possessionem nanciscí queat, quo eam nactus in adversarium transferat onus petitoris, *leg. is, qui*, 24. *ff. de rei vind.* Sed & qui jam cæpit rem vindicare, potest nihilominus experiri interdicto uti possidetis, *leg. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. poss.* Ac ex hoc loco non recte infertur cumulatio seu conjunctio utriusque judicii. Nam his Jurisconsulti verbis: *Non denegatur interdictum uti possidetis, qui cæpit rem vindicare*, non hoc significatur, posse utrumque judicium cumulari, unaque terminari sententia, ut male putat Fachin. 8. *controv.* 6. sed posse eum, qui vindicare cæpit, omisso tantisper petitorio, & interim dum de possessione cognoscitur, suspenso, & dilato, interdicto experiri, *leg. cum fundum* 18. §. *ult. ff. de vi arm.* ibi *pendente judicio*. Cæterum ex converso pendente judicio possessorio, petitoria actio instituí non potest, quia prius possessionis causam decidi oportet, quam ad causam proprietatis veniatur. Plane si quis dum animadverterit in petitorio se melius fundatum esse, possessorio renuntiate & ad causam proprietatis transire velit, non est dubitandum, quin id ei concedendum sit: nec sententia lata in possessorio præjudicium ullum petitorio facit, *leg.* 14. §. *ult. ff. de except. rei judic.* Jus autem Pontificium hac in re discrepat a jure civili, quod Innocentius III. male intellexit, deceptus *l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* ut apparet ex *cap. pastoralis, ext. de causa possess. & prop.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ seu adipiscendæ possessionis & simul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco, aliis possessoriis judiciis, ut ipse loquitur, in suo robore duraturis, quæ vendicationem dominii sui natura præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *cap. Raynutius extr. de testament.* secutus est communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eumdem *cap. cum dilectus de causa possess. & propriet.* habes ridiculam illam sententiam, quam supra explosimus ad Donellum & Gifanium ad *leg.* 3. *Cod. de interdict.* Papon. *lib.* 8. *titul.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28.

CAPUT XL.

Exceptio divisionis qualis sit, & quando proponenda?

PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ debitæ in solidum singulos teneri, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, explorati juris est, *l. si plures* 4. *Instit. de fidejuss. l.* 3. *Cod. eod.* Neque hoc jus mutatum est *Nov. de reis promit.* 29. unde *auth. hoc ita Cod. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ acciplant, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur: an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint, cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures ejusdem pecuniæ promittendi rei aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum singuli promittant id, quod reus debet, & quantum debet. Tenetur ergo singuli plurium fidejussorum in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc bene-

Digitized by Google

beneficium epistola Divi Hadriani illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *d. §. 4. Institut. de fidejuss. l. si plures 27. l. 3. Cod. eodem*. Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, verum etiam cæteris accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ultim. Cod. de pecun. constit.* Locus autem huic beneficio seu exceptioni dividendæ actionis, cum plures sunt fidejussores. Et explosus fuit Advocarus Leydensis Tobias ex Alto, (insignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum esse contendebat etiam ubi unus tantum fidejussor est, nempe ut actio inter eum principalem & fidejussorem divideretur: de quo integram ille consultationem conscripsit: sed egregie confutatur textu *l. si plures 27. §. ultim. ff. de fidejussor.* Quid si in pluribus fidejussoribus accipiendis expresse convenerit, ut singuli in solidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etsi hoc adjectum non est, singuli in solidum teneantur, nec conventio ista conditionem juris & constitutionem mutat; postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur: *l. 3. de fidejussor.* & secundum hoc Lutetiæ judicatum refert Papin. *l. 10. titul. 4. arrest. 23.* Cæterum non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgetur, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita & ejusdem debitoris sint fidejussores: inter plures enim diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actio non dividitur *leg. si plures 27. §. ult. l. si a Titio 43. ff. eodem*. Exemplo fidejussorum datur hoc beneficium, & pluribus tutoribus, qui simul tutelam gesserunt, aut quorum nemo gessit, & solvendo sunt, *leg. 1. § nunc tractemus 10. & sequentibus, ff. de tut. & rat. distr. l. si plures 38. & ibi DD. ff. de administr. tut.* Paul. Mont. *tract. de jur. tut. c. 39. num. 149.* Datur & plurium tutorum fidejussoribus, *l. 6. l. 7. ff. de fidejuss. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejussoribus non datur, *l. ultim. ff. rem pupill. salv. for.* ubi & ratio. Etenim in hac divisione notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed ope exceptionis, *leg. inter fidejussores 26. ff. de fidejussore*. Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin & si quis solidum solvisset, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere ostendit, *dict. leg. inter fidejussores*, & *leg. si testament. 49. §. 1. ff. eodem*. Porro duæ sunt conditiones sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus indulgetur: una est, si fidejussores non negent se fidejussores esse: inficiantibus enim auxilium divisionis dari non placuit, *leg. si dubitet 10. §. 1. ff. eodem*. Altera est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *§. si plures Institut. l. inter eos 51. §. 1. ff. eodem*. Quod placet in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, id cæteris qui solvendo sunt, non prodesse: deinde si omnes tempore litis contestatæ solvendo fuerint, & postea aliqui minus idonei esse coperint, quamvis ante sententiam eam rem ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinere, *dict. leg. inter eos §. pen. d. §. si plures*.

De illo non convenit, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejussoribus contestata sit; quem & Cynus & alii secuti sunt. Moventur primum eo, quod in *§. si plures Instit. de fidejussor.* dicitur compelli creditorem partem a singulis fidejussoribus, qui modo solvendo sunt tempore litis contestatæ, petere: si quis autem eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerare: unde recte sibi visi sunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis divisionem. 2. Per *l. liberor. 16. Cod. de fidejuss.* ubi diserte scriptum est, post litis contestationem petitionem divisam redintegrari, juris rationem non pati: ex quo iterum, ut supra, colligunt, post litem contestatam exceptioni divisionis locum non esse. 3. Ex eo quod fidejussori inficianti beneficium divisionis denegatur, *leg. si dubites 10. §. 1. eodem*, litis autem contestatio non nisi negative a parte ejus qui convenitur fieri potest, *leg. 2. Cod. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam 14. §. 1. Cod. de judic.* Sed verius est, quod & communiter placuit, etiam post litem contestatam divisionis exceptionem opponi posse, & sufficere si quandoque ante sententiam allegetur, *leg. fidejussor. 10. §. 1. Codice eodem* ubi Alexand. Imper. Vitali ita rescribit. *Ut ei, qui cum altero fidejussit, non solum conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine pestulari solet*. Frivolum autem est quod respondent, exceptionem, quæ ante litem contestatam opponitur, utique etiam opponi ante sententiam seu condemnationem; nam utique hoc falsum est, exceptionem, quam ante sententiam opponi sufficit, eam opponendam esse ante litis contestationem. Ait Imperator: *ex ordine pestulari solet*, id est servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus competere solent. Fieri enim potest, ut fidejussor in solidum conventus plures habeat defensiones, aut saltem plures alleget verb. caus. si dicat se non teneri, quia reus principalis liberatus sit, vel ipso jure, vel per exceptionem, aut si ex sua persona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defensionibus cum se exclusum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac desiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero postulari potest & solet ante sententiam seu condemnationem, ut verba rescripti habent. Non obstat *dict. §. si plures Institut. de fidejussor.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam esse ante litem contestatam; sed hoc solummodo, si tempore litis cum uno contestatæ quidam non sint solvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio post litem contestatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi potest, qui tempore litis contestatæ solvendo fuerunt, & dividenda est, si is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore solvendo fuisse, *l. inter eos 51. §. 1. ff. eodem*, Mantic. *de tac. & ambig. conv. lib. 16. titul. 19. num. 2.* in *dict. leg. liberum 16. Cod. eodem*, proponitur casus, quo creditor cum omnibus fidejussoribus simul egit, cum singulis autem pro parte; atque ita actionem suam inter fidejussores pro parte cum singulis agendo, ipse

ultro

ultro divisit. Eum autem, qui hoc fecit, respondet Gordianus, non posse post litis contestationem actionem divisam instaurare, hoc est, ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum non posse petere ex persona eorum, qui solvendo non sunt, ut ab initio solvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejussores sponte sua dividendo solidi petitioni renunciare intelligitur: ac proinde beneficium epistolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem contestando deteriorem conditionem suam facit *l. don. solet*, 86. *& seqq. ff. de regul. jur.* Neque enim litis contestatio hoc, quod dicimus efficit, sed actionis divisio, quamvis illa non nisi lite cum singulis pro parte contestata dividatur. Nimis autem leve est, quod ex *leg. decimæ* §. 1. *de fidejussor.* objicitur, fidejussor inficianti auxilium epistolæ non indulgeri: quippe cum non simplex inficiatio, fid jussores, ab hoc beneficio removeat, puta si negent se teneri, sed si negent se fidejussores esse, si inficientur se fidejussisse. Non utor ad confirmationem nostræ & communis sententiæ argumento vulgari: quod exceptio divisionis sit exceptio peremptoria: quod quidem etsi verum est licet Glossa hæsitet, & magis putet esse anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, *l. inter eos* 51. *pennlt.* §. *eodem*; dubito tamen an verum sit, quod vulgo traditur, exceptiones peremptorias etiam non contestatas in strictis judiciis usque ad sententiam recte opponi propter *l. 9. de præscript. long. temp. l. 8. l. 9. Cod. de except. jurisd. l. utfundus ff. communit. divid.* quamquam id hodie sublato fere judiciorum bonæ fidei & stricti juris discrimine admitti potest. Sed ut eriam exceptiones peremptoriæ intra litis contestandæ sint, ut ita demum postea ad probationem & disceptationem recte opponantur, quod satis aperte loca citata ostendunt. Vid. Donell. *ad leg. 8. Cod. de except.* Sciendum tamen est, quæ de exceptionibus in exordio litis contestandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *leg. in exceptionibus 19. ff. de probat.* quæ enim facti quæstionem habent, non possunt intelligi in judicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, hoc est, earum quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis fidejussoribus epistola Divi Hadriani tributa, quod genus contestari necesse non est, sed quandoque ante condemnationem allegari sufficit. Nam auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur, cum fidejussori jure tribuatur hoc ipso quod fidejussor est. Jam autem quæ juris sunt, ea ad officium judicis pertinent, etiam si nominatim a partibus petita non sint, *leg. unic. Codice ut quæ des. adverf. part. jud. fupp.* & multo magis igitur, si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem divisioni etiam post sententiam opponi posse in executione judicati, & hic etiam hæsitat Accursius. Sed bene *DD. commentat. in dict. leg. 20. Codice de fidejussor.* Gomez. 2. *var. resolut. cap.* 13. *num.* 15. Zanger *tractat. de except. part. 3. cap.* 29. *num.* 4. id negant. Cur enim diceret Imperator, ante condemnationem postulari solere, ut actio dividatur, si idem postulare liceat etiam post sententiam, cum jam is, cum quo actum est, in solidum est condemnatus? Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori semel in solidum quæsita adversus eum, qui se passus est in solidum condemnari, postea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *leg. ultim. ff. de pact. leg. habere* 57. *in fin. ff. de evict.* quamquam hoc non obstante recte defenditur, posse hanc exceptionem opponi in secunda instantia, licet post priorem sententiam, quia appellatio suspendit, immo extinguit judicatum, & reponit rem in eum statum, in quo erat ante sententiam, *leg.* 1. §. *ultim. ff. ad Senatusconsultum Turpil.* Sichard. *in dict. leg.* 10. *num.* 13. *Codice de fidejussor.* Zanger. & Gomez. *ubi supr.* Nihil adversus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus e fidejussoribus condemnatus est, opponi potest, *leg. si fidejussores* 41. §. 1. *ff. de fidejussor.* Nam illa non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe interest, utrum fidejussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejussoribus, an actionem adversus eos sibi cedi. Nam qui divisionem postulat, is contra sententiam postulat, ne solidum solvat: qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum secundum sententiam solvere, dum sibi adversus cæteros fidejussores consulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis Senatusconsultorum Velleiani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis causa maxime introductæ sunt, placuit, ut hæ etiam post sententiam opponi possint, *leg. tamen* 11. §. *de Senatusconsulto Macedoniano*, id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem divisionis trahi debet Sichard. *in dict. leg.* 10. *Codice de fidejussorum num.* 10. Nihil denique contrarii habet responsum Papiniani in *leg. inter eos* 51. §. *ultim. ff. eodem*. Loquitur enim de fidejussore damnato non nomine fidejussionis, sed damno capitis, ita ut propter damnationem bona ejus fisco vindicarentur: quo casu potest quidem adhuc creditor adversus alios fidejussores jus suum exequi: sed hic fidejussores recte postulabunt, ut inter eos, qui solvendo sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscum, qui damnato successit, & hæredis loco est, habendum scribit Papinianus.

CAPUT XLI.

An fidejussor ad certum tempus acceptus eo tempore elapso obligatus maneat, & quomodo?

ELegans quæstio est, an fidejussor, qui ad tempus pro aliquo spopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo? Putamus autem in hac quæstione recte sentire eos, qui negant post tempus definitum fidejussorem sine novo ejus consensu vel ex repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obstringi: in præteritum vero, seu respectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matthæus Colerus, ut ipse de se testatur, *de proceff. exec. part. 1. cap.* 20. *num.* 310. pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejusserat. Expleto eo spatio, officium prorogatum, sive ut nunc loquuntur, officiali continuatum est incon-

Digitized by Google

inconsulto Colero fidejussore. Hic dicimus Colerum ex fidejussione sua teneri quidem etiam post annum, quo officium reo prorogatum est, sed tantum de periculo temporis præteriti, seu prioris anni quo solo fidejussor fuit, non autem temporis futuri seu annorum insequentium. Igitur hoc primum dico, fidejussorem, qui ad certum tempus se obligavit, finito eo tempore, in posterum non teneri, nec ex novo seu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus assertionis quæritur, certum est eum, qui ad tempus fidem suam interponit, nolle post id tempus obstringi: at extra verba & conventionem fidejussio non est extendenda, cum sit contractus stricti juris, *l. quid quid* 99. *de verb. obl.* Hering. *de fidejuss. cap.* 2. *n.* 30. & *c.* 24. *n.* 33. Et in universum obligatio limitata ad certum tempus non potest invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene Ferrar. *in form. libell. cent. plur. rees. debend. vers. solutum facere recusaverunt, num.* 2. Hinc reseriptum est, fidejussorem, qui in certum tempus judicio sibi aliquem promisit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum se obligavit, *leg. si fidejussor*, 27. *vers. nisi in certum tempus*, *Cod. de fidejuss.* Et responsum, si in primo compromisso per fidejussores cautum fuerit, & iidem in sequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos, *l. Labeo*, 25. §. *ult. ff. de recept. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus est in *leg. si cum Hermes*, 7. *Cod. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem suam obligasset, & conductor finito tempore conductionis sine consensu fidejussoris in conductione detineretur, diserte respondet Alexander, fidejussorem non oportere de posterioris temporis periculo adstringi: nempe quoniam alia & nova hæc conductio finita priore intervenit, *l. qui ad certum*, 14. *ff. locat.* & consequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejussorem prioris obligationis sine novo ipsius quoque consensu pertinere non potest. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent, *l. legem*, 16. *C. de locat.* pignorum autem & fidejussorum par causa est, *l. promiss.* 21. §. *ult. ff. de pec. constit. l.* 12. §. *jubet autem*, 9. *ff. de collat. l.* 4. §. *adduci*, 8. *ff. de fideic. libert.* Respondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata censetur, sed nempe ipsius conductoris, qui ultro se in nova obligatione constitui passus est, non autem si alius pro eo in priore conductione res obligavit, sive novo hujus consensu, *l. item quæritur*, 13. §. *ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejussores, ea renovata sine novo & expresso eorum consensu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non esse modum tollendi obligationem, *l. obligationem*, 44. §. 1. *ff. de oblig. & act.* nam cum fidejussoris obligatio certo tempore circumscribitur & limitatur, id non tam eo spectat, ut tempore obligatio finiatur, quam ut ne post illud tempus aut pro temporis obligatione fidejussor teneatur: quemadmodum si cum ducenta deberentur, in centum fidejussor datus est; nemo dixerit fidejussionem respectu residui finitam esse; at sicut summa, ita & dies pars est stipulationis, *leg.* 1. §. 2. *ff. de edend.* Ant. Fab. *C. suo ser. de fidejuss. defin.* 25. Valent. Reimer. *quæst. illustr. decis.* 10. *c.* 4. Hering. *dict. tract. c.* 50. §. 18. *n.* 4. & 5. Et utique alias in omnem eventum teneri se poterit fidejussor exceptione pacti conventi vel doli mali, *d. leg.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act. l. cum qui*, 56. §. *qui ita*, 4. *ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera esse arbitramur, ut etsi fidejussor cautionem sibi reddi post repetitum contractum non postulaverit, nihilo magis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejussio numquam fit tacite citra verba & stipulationem, *l.* 5. §. 2. *ff. de verb. oblig. leg. blandius*, 12. *C. de fidejuss.* & tralatitium est in fidejussionibus stipulationem loco formæ esse. Hering. *dict. tract. c.* 11. *n.* 1. & *seqq.* quod ideo hic notare visum, ne quis putet fidejussori necessariam hic esse aut protestationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *dict. leg. si cum Hermes*, *Cod. de locat.* mentio fit repetitæ a fidejussore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id necessarium, sed quia factum fuit; cujusmodi sexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur a consultoribus, & in rescriptis iterantur, quæ tamen ad causæ decisionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure versatis notum est. Sic etiam Colerus loco supra citato cautionem suam fidejussoriam se repetiisse memorat, non quia id necessarium putavit, sed quia id fecerat, dubitationis omnis scilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione solutionis non liberetur fidejussor, qui ad certum tempus se obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim interest inter prorogationem solutionis, quæ fit salva obligatione principali & prorogationem quam vocant obligationis, quæ est obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *qu. seq.* Ex converso autem dicimus fidejussorem in proposito firmiter obligatum manere in præteritum, id est, nomine ejus, quod ex causa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tam diu durat, donec creditori solutum aut aliter ei satisfactum sit. Neque enim tempore obligationes pereunt, *leg. obligationum*, 44. §. 1. *vers. placet etiam*, *ff. de oblig. & act.* nisi post triginta annorum curriculum, *l.* 3. *Cod. de præscr. trig. ann. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* adde *leg. si alienam*, 9. §. *omnis pecunia*, 3. *ff. de pign. act. l. grege*, 13. §. *etiam*, 4. *ff. de pignor.* facit, *l. nemo potest*, 35. & *l. seq. ff. pro soc.* cum similibus. Sed & firmum hujus assertionis argumentum duci potest ex *d. l. si cum Hermes*, *de locat.* Nam cum Imperator illic sic rescribat, non oportere fidejussorem ad certum tempus obligatum de posterioris temporis periculo adstringi, hoc ipso non obscure significat eum adstringi periculo temporis prioris: cui simile habemus in *leg. ult. C. in quib. caus. rest. hab.* Nimirum unius exclusio alterius solet esse inclusio, *l. cum prætor*, 12. *ff. de judic. l. ex eo*, 18. *ff. de rebib.* Et argumentum a contrario sensu valde procedit, *l.* 1. *ff. de offic. ejus cui mand. jurisd.* nisi aut manifesta juris ratio aut expressi textus refragentur. Præs. Everh. *in loc. legar. loc.* 82. *num.* 4. Sic fidejussio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum attestatio fuerit expressa, *l. sancimus*, 27. *vers. tunc enim*, *C. de fidejuss.* venditor, qui se periculo subjecit designato tempore, in id tempus periculum sustinere, quo ad se subjecit, *leg.* 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi causa, fidejussorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de sexti anni pensione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem causa est novationis, seu prioris debiti in aliam obligationem conversionis, hoc est,

cum

cum ex præcedenti causa ita nova constituitur obligatio, ut prior perimatur, *l. 1. ff. de novat.* §. *præterea*, 3. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus est, ut etiam accessiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quasi solutione facta, *l. si rem*, 31. §. 2. *vers. eo magis*, *ff. de novat.* simul evanescant, & consequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejussores prioris obligationis liberentur, *l. si creditor*, 15. *l. novatione*, 18. *l. aliam*, 29. *ff. de novat. l. in omnibus*, 43. *ff. de solut. leg. ubicunque*, 60. *ff. de fidejuss. l.* 4. *C. eod.* Consentiunt Hering. *tract. de Fidejuss. cap.* 20. §. 18. *n.* 4. *& seq.* junct. §. 12. *n.* 5. 6. 7. Ant. Faber *C. for. de fidejuss. decis.* 25. Specul. *lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuss.* §. 1. quamquam obscure loquitur. Valent. Reimer. *dec.* 10. *quæst. illust. cap.* 4.

CAPUT XLII.

An prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem?

VIcina superiori, ac tantum non ex iisdem fundamentis juris decidenda quæstio est, an prorogatione termini solutionis, id est, si creditor debitori ignorante fidejussore tempus ad solvendum præstitutum prorogaverit, fidejussor liberetur, Speculator *lib.* 4. *part.* 3. *tit. de fidejuss.* §. 1. *vers. illud autem quæritur*, & ibi Joan. Andr. *in addit. Ferrar. in form. libell. contr. plur. res debend.* §. *solutionem facere recusaverunt*, aliique relati apud Berlich. *part.* 2. *concl.* 25. *num.* 2. putaverunt prorogatione temporis ad solvendum constituti liberari fidejussorem sine ulla distinctione. Alii vero distinguunt, utrum fidejussor simpliciter sine adjectione temporis fidem suam interposuit, an vero ad certum duntaxat tempus se obligavit: priore casu negant prorogatione solutionis effici, ut fidejussor liberetur: posteriore autem casu contendunt data prorogatione termini fidejussorem liberari. Et hæc est communis interpretum opinio, ut videre est apud Gomez. *lib.* 2. *var. resolut. c.* 13. *n.* 21. Fachin. *lib.* 2. *contr.* 88. Hering. *tract. de fidejuss. c.* 20. §. 12. *num.* 2. *& 3.* Berlich. *d. p.* 2. *concl.* 5. *num.* 18. Cui etiam Fachinæus & Berlichius assentiuntur. Sed verius est neutro casu prorogatione solutionis liberari fidejussorem: nec ullus in jure nostro locus produci potest, quo contrarium probetur, sive fidejussio tempore determinata sit, sive indeterminata. Abutuntur autem interpretes locis quibusdam, veluti *l. si cum Hermes*, 7. *Cod. de locat. l. item quæritur*, 13. §. *ult. ff. eod.* quippe quibus locis non agitur de prorogatione solutionis, sed de obligationis, pro qua fidejussor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejussorem renovata obligatione liberari: sed renovatæ obligationis periculum ad eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus esse propterea non desinit, ut superiore capite plene demonstravimus. Igitur si debitori, qui ad certum diem se soluturum promiserat, eoque nomine fidejussorem dederat, creditor inscio fidejussore facultatem solvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejussorem liberatum videri, cum principalis obligatio salva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejussoris, oppositum est ad finiendam aut diminuendam obligationem, quo casu aliud dicendum esset, respectu periculi sequentis temporis *d. leg. si cum Hermes*, *C. de locat.* sed ad faciendam solutionem & exactionem. Gabriel. *lib.* 3. *comm. opin. tit. de fidejuss. concl.* 3. Colet. *de proces. execut. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 2. 98. *& seq.* nec durior fit conditio fidejussoris. Nam si jamdiu in obligatione manst, nec diutius manere velit, potest ille sibi consulere ordinario jure remedio, quemadmodum & si reus labi facultatibus incipiat, *leg. Lucius*, 38. *ff. mandat. l. si pro ea*, 10. *C. eod. c. ult. extr. eod.* Quod si nec solvere ipse velit, nec petere adhuc possit, ut a fidejussionis periculo eximatur, boni consulere debet quod dilationis reo concessæ beneficium sibi commune futurum sit, ut tardius ad solutionem urgeatur: nam dilatio reo data, data etiam est fidejussori, *l. ult.* §. 1. *Cod. de usur. rei jud. l. si unus*, 27. §. 1. *ff. de pact.* qui proinde & ipse tanto plus habiturus sit intermedii temporis & spatii ad solvendum, *leg. quod certa*, 70. *ff. de solut.* Ant. Fab. *Cod. suo for. tit. de fidejuss. defin.* 29. Hering. *d. tract. c.* 20. §. 1. *num.* 6. *& seqq.*

Hoc igitur posito quod prorogatio termini solutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejussori, maxime in omnem causam obligato, noceret, *leg. si quis*, 24. §. 1. *ff. de usur. l. mora*, 88. *ff. de verb. oblig. l. quæro*, 54. *ff. locat.* necessario sequitur prorogatione non liberari fidejussorem, sed manere obligatum, sive simpliciter, sive cum adjectione temporis se obstrinxerit: prorogatio fit cum omnibus suis accessoriis & qualitatibus, Gomez. & Coler. ubi supra. Perez. *ad Cod. tit. de fidejuss. num.* 44. nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut possit dici in futurum liberatus, sicut in casu, *l. si cum Hermes*, C. *de loc.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum sublatæ verbis stipulationis substituatur, ut possit dici plenissime atque etiam in præteritum liberatus, qui locationis effectus est, *l. novat.*, 18. *ff. de novat. l. ubicunque*, 60. *ff. de fidejuss. leg.* 4. C. *eod.* Respondit Berlichius regulam illam, quod prorogatio secum trahit accessiones, de iis tantum accessionibus intelligendam esse, quæ ab ipsis contrahentibus dependent, *arg. l. item quæris.*, 13. §. *ult. ff. de locat.* Sed non animadvertit hac responsione effici, ut & fidejussor, qui simpliciter sine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipse negat, & perspicue falsum est. Quod si quis dicat fieri posse, ut data dilatione ad solvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejussori noceat; is sciat e contrario etiam fieri posse, ut debitor interim facultatibus augeatur & prorogatio fidejussori prosit; denique dilationes hujusmodi ex humanitate fere indulgeri solere ad petitionem debitorum, quibus in præsentia solutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & solutionem expedire queant, *l. præmiss.*, 21. §. 1. *ff. de pecun. constit.* & similib. unde porro & ipse fidejussor hoc commodum sentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, excepționis videlicet ordinis & excussionis, renuntiaverit, conveniri possit. Denique potest fidejussor reo moram nectente ipse in tempore solutionem offerre, & quod pro eo solvit, actione mandati, dum adhuc idoneus est, repetere, *leg. idemque*, 10. §. *fidejussores*, 11. *ff. mand. l. mora*, 88. *ff. de verb. oblig.* Errant autem illi qui putant fidejussorem

Digitized by Google

rem liberari, ſi creditori denunciaverit, ut debitorem in tempore ad ſolvendum compelleret, iſque dum ceſſat debitor deſierit eſſe ſolvendo. Nam in fidejuſſore ſubſidiario (quem vulgo fidejuſſorem indemnitatis, quamquam impropriè, vocant) ſingulare hoc eſt, ut ſi creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore ceſſante debitor fortunis exutus eſt, recte recuſet actionem contra ſe creditori dari, *l. ſi fidejuſſores*, 42. *princ. de fidejuſſ.* Secus autem eſt in fidejuſſore ſimplici, per textum expreſſum in *l. ſi fidejuſſor*, 62. *ff. eod.* Nec obſcura eſt diverſi juris ratio. Nam fidejuſſor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, ſed quod a reo ſervari non poterit: ut hujus fidejuſſoris obligatio conditionalis ſit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi poſſit, quam facultates rei ex cauſa judicati excuſſæ ſint, ut certo conſtet eum non habere, unde ſolvat, *l. decem ſtipulatus*, 116. *ff. de verb. oblig.* Quare ſi talis fidejuſſor, quod ei conditio ſtipulationis permittit, creditorem tempeſtive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore ceſſante, ille poſtea ſolvendo eſſe deſierit, perinde hoc habendum ac ſi non contigiſſet, quod ſuum a debitore ſervare potuit, & monitus debuit, *arg. l. falſum cuique*, 155. *& l.* 161. *ff. de reg. jur.* At cæteri fidejuſſores idem, quod reus principalis promittunt, & ſtatim ab initio una cum eo obligantur, ut nulla ſit in hujuſmodi fidejuſſoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & ceſſantem cum fidejuſſore agere prohibeat, Zaſ. Donell. Coſtal. & DD. comm. *in l. ultim. ff. de reb. cred. & d. l. decem ſtipulatus, ff. de verb. oblig.* Gail. 3. *obſ.* 27. *n.* 13. Gomez. 2. *reſol. c.* 13. *num.* 9. Cæterum aliud dicendum videtur poſt conſtitutionem Juſtiniani de fidejuſſoribus non conveniendis niſi poſt reum principalem excuſſum, *Nov.* 4. *auth. præſente, Cod. de fidejuſſ.* ut jam omnis fidejuſſor, propter beneficium ordinis & excuſſionis, in ſubſidium obligatus videri poſſit, niſi huic beneficio renuntiaverit, & conſequenter ſi denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente, debitor idoneus factus ſit, recte eum poſtulare ne contra ſe actio detur, *arg. d. l. ſi fidejuſſores*, 41. *ff. de fidejuſſ.* ita Gomez. *d. cap.* 13. *n.* 9. poſt Baldum *in l. ult. ff. de reb. cred.* Paul. Caſtr. *in d. l. ſi fidejuſſores*, *col.* 1. Panorm. *in d. ſi. ext. de fidejuſſ.* Sed vix eſt, ut hoc iis largiri poſſim. Neque enim hoc vult Juſtinianus *d. Nov.* 4. ut fidejuſſores ſimpliciter accepti id quod promiſerunt, debeant ſub conditione ſi creditor id a reo ſervare non poſſit: ſed cum ſimpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius a creditore efficaciter conveniri poſſit, quam ille cum reo principali egerit, eumque excuſſerit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, ſatisfacit conſtitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præciſe cum reo experiatur, contra formam ſtipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. ſi fidejuſſ.* 62. *ff. de fidejuſſ.* nec *d. Nov.* 4. mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, nemo invitus agere cogatur, *tit. Cod. ut nem. invit. ag. vel accuſ. cog.* Plures differentias inter fidejuſſorem ſimplicem & ſubſidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud DD. *in leg. ult. prine. de rebus credit.* præſertim apud Zaſium *ibid. n.* 3. *& ſeqq.*

FINIS.

575902